AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL

Índice

V O T O

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Como relatado, na presente ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, em 5.7.2012, objetiva-se *"a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21"* da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que dispõem:

> *"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.*
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
>
> *Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".*

2. A Autora argumenta que, a despeito do "*pretenso propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)".*

3. De se anotar, assim, ser objeto da presente ação a interpretação das normas civis proibitivas de divulgação de escritos, transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa

sem sua autorização segundo os princípios constitucionais, que resguardem as liberdades de expressão do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação, no exercício das quais são produzidas obras biográficas.

Interpretação que desconsidere exceção a tais liberdades relativas àqueles trabalhos impediria, segundo a Autora, a sua livre produção e circulação e importaria em censura privada incompatível com os preceitos constitucionais.

Anota a Autora obter-se, em geral, aquele resultado censor pela via judicial: "*... a dicção que lhes foi conferida (aos arts. 20 e 21 do Código Civil) acaba dando ensejo à proliferação de uma espécie de censura privada que é a proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas*".

Daí o pedido formulado na ação de "*que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que, mediante interpretação conforme à Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e,* a fortiori, *das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais). Caso assim não se entenda, por mera eventualidade... pede seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e,* a fortiori, *das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo*".

4. Cumpre, pois, limitar-se o objeto da presente ação, na qual se busca afastar do mundo jurídico não os dispositivos legais questionados,

mas interpretá-las de forma a compreendê-la não incidente – na parte relativa à necessidade de autorização prévia do interessado – quanto a obras biográficas literárias ou audiovisuais tornando-os compatíveis com os preceitos constitucionais.

Preliminar de legitimidade ativa

5. Inicialmente, cumpre assentar a legitimidade ativa da Autora da presente ação.

Em sua manifestação, a Associação Eduardo Banks, admitida como *amicus curiae*, suscitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Autora argumentando que:

a) por representar categoria econômica, a Autora visaria lucro, afastando-se da qualificação de associação civil descrita no art. 53 do Código Civil;

b) a Autora estaria desempenhando funções de entidade representativa de classe ao representar e defender os interesses financeiros das editoras de livros a ela filiadas;

c) a Associação não poderia ser considerada associação "de âmbito nacional" por não congregar associações regionais, mas entidades privadas com fins lucrativos (editoras);

d) o quadro associativo da Autora seria composto por entidades que não teriam como atividade principal a edição de livros, a exemplo das empresas de publicidade, das instituições de ensino, das firmas individuais, que não poderiam ser consideradas associações civis ou entidades de classe regionais;

e) não sendo a edição de livros atividade sindicalizada, não poderia a

Autora se classificar como confederação sindical;

f) embora a Autora possa congregar associados que se filiem aos seus objetivos, as editoras de livros não seriam uma categoria homogênea;

g) A Autora teria sido constituída dois meses e dois dias antes do ajuizamento da ação, o que não lhe conferiria legitimidade sequer para o ajuizamento de ação civil pública, cuja lei tem sido usada subsidiariamente para regular o processo de ação direta de inconstitucionalidade.

6. O Estatuto da Autora prevê:

> *"Art. 1º. A Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL – fundada no Rio de Janeiro – RJ, em 16 de novembro de 2011, é pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de associação civil sem fins econômicos, nos termos do art. 5º, incisos VII e VIII, da Constituição da República e do art. 53 e seguintes do Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.446/2002, com duração indeterminada, regendo-se pelo presente Estatuto e pela legislação que for aplicável.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º. Editor, para fins deste Estatuto, é a pessoa natural ou jurídica a qual se atribui, com exceção para as obras de domínio público, o direito exclusivo de publicá-las e divulgá-las, pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.*
>
> *Art. 3º. São objetivos da ANEL:*
>
> *I- promover a difusão de livros e incentivar a leitura no Brasil;*
>
> *II- defender a liberdade de expressão e os demais direitos correlatos, tais como a liberdade de imprensa, de criação artística, de informação e de comunicação, bem como defender os interesses dos editores de livros;*
>
> *III- combater a censura prévia ou a* posteriori, *administrativa ou judicial, imposta por qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica, de direito público ou de direito privado, em especial a que venha a atingir livros, periódicos e outras atividades editoriais;*

IV – representar e defender os interesses de seus associados perante autoridades administrativas, legislativas e judiciárias, em todo o território nacional;

V – ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei o ato normativo federal, nos termos dos arts. 102, I, "a", e 103, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil;

VI – ajuizar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos dos arts. 102, I, § 1º, e 103, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil;

VII – ajuizar representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, para a defesa da ordem jurídica em temas relacionados ao objetivo social da ANEL;

VIII – intervir, como amicus curiae*, em causas que envolvam questões relacionadas ao seu objeto social, contribuindo para a prevenção, o desenvolvimento e o aprimoramento da liberdade de expressão e dos demais direitos correlatos no Brasil;*

IX – Ajuizar Ações Civis Públicas e Coletivas na defesa dos interesses de seus associados;

X – coordenar interesses comuns de seus associados;

XI – promover e articular atividades que digam respeito aos editores de livros, diretamente ou através de contratos, convênios, acordos e termos de parceria com entidades privadas e órgãos públicos, representando os interesses gerais de seus associados, independentemente de outorga de mandato específico;

XII – propor ou sugerir ao poder público medidas que visem o estabelecimento ou a manutenção de incentivos fiscais, tributários e a adoção de leis e regulamentos que facilitem o aperfeiçoamento e o progresso do setor;

XIII – viabilizar politicamente os projetos de interesse dos editores de livros, bem com pleitear junto aos órgãos governamentais e/ou outras instituições, assuntos de interesse dos associados;

XIV – promover e veicular todo o tipo de prestação de serviços aos seus associados, na medida em que tais serviços venham a se

tornar necessários;

XV – elaborar e colaborar com os poderes públicos na elaboração de políticas de incentivo à leitura, promoção da liberdade de expressão, difusão de informações;

XVI – colaborar com a aplicação e o aprimoramento da legislação relativa à área de seu interesse, em especial com leis de propriedade intelectual;

XVII – representar os associados em eventos nacionais e internacionais, e exercer as atribuições que porventura lhes sejam delegadas por seus associados ou por outros órgãos ou entidade;

XVIII – organizar, colaborar, realizar estudos, seminários, reuniões, congressos, cursos profissionalizantes e outros eventos vinculados ao seu objetivo, promovendo o intercâmbio de conhecimentos na área de atuação, visando também qualificar a mão de obra, preservar a qualidade técnica e profissional dos recursos humanos que atuam no setor, certificando as empresas habilitadas;

XIX – fixar e impor contribuições a todos os associados, aplicando os recursos obtidos para a realização dos objetivos da Associação;

XX – providenciar, junto aos órgãos competentes, calendário para a realização de eventos do setor;

XXI – realizar outras atividades condizentes com a finalidade da Associação" (doc. 2).

Ao assentar a legitimidade das associações para a o ajuizamento de ação de controle concentrado, este Supremo Tribunal Federal tem cotejado as normas do estatuto constitutivo com o impacto e as consequências jurídicas que as normas impugnadas causam nos direitos dos respectivos associados (ADI 4.441-AgR/SE, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJ 7.10.2014; ADI 4.400/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 3.10.2013; ADI 3.413/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 1º.8.2011; ADI 3.288/MG, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.2.2011, entre outras).

Diferente do alegado pela Associação Eduardo Banks, a circunstância de representar categoria econômica não autoriza a conclusão de desenvolver a Autora atividades apenas ou prioritariamente com fins econômicos de modo a afastá-la da configuração de associação civil descrita no art. 53 do Código Civil.

Não se pode recusar a legitimidade ativa da Autora ao fundamento de que as entidades por ela congregadas têm fins econômicos.

Almejar lucros em suas atividades não importa em óbice para a atuação judicial da Autora, cuja personalidade jurídica não se confunde com a de suas associadas, demonstrando-se inexistente impedimento ao reconhecimento de sua legitimidade para o ajuizamento desta ação.

O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de associações como a que se apresenta nesta ação, sendo exemplos disso a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.702/ES, Relator o Ministro Dias Toffoli, ajuizada pela Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – Abimaq; a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 32.866/RN, Relator o Ministro Gilmar Mendes, ajuizada pela Associação Brasileira de Extratores e Refinadores de Sal – Abersal; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153-AgR/DF, Redator para o Acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, ajuizada pela Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique – Fenaca.

Desde esse último julgamento, em 12.8.2004, o Supremo Tribunal passou a admitir o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade pelas denominadas "*associações de associações de classe*", desde que, nacionalmente, congreguem classe econômica homogênea:

> *"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: "entidade de classe de âmbito nacional": compreensão da "associação de associações" de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo*

> *objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das "associações de associações de classe", de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade"* (ADI 3153-AgR, Redator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 9.9.2005).

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence reverteu o entendimento antes formado quanto à legitimidade de associações civis, em especial as não sindicais:

> *"Presidente, volta ao Plenário um problema cuja solução, na jurisprudência da Corte, jamais, pessoalmente, me convenceu: é a que baniu da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade o que se tem chamado "associação de associações". A meu ver, nada o justifica.*
>
> *Chegou-se a falar que uma "associação de associações" só poderia defender os interesses das suas associadas, vale dizer, das associações que congrega.*
>
> *Mas, data vênia, o paralogismo é patente. A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que lhe são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E o fato de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada Estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa de classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como o que ela realmente é: uma entidade de classe.*

> *No âmbito sindical, isso é indiscutível. As entidades legitimadas à ação direta são as confederações, que, por definição, não têm como associados pessoas físicas, mas, sim, associações delas.*
>
> *Não vejo, então, no âmbito das associações civis comuns não sindicais, como fazer a distinção*" (DJ 9.9.2005, grifos nossos).

Na lição de José Afonso da Silva, compreende-se classe a

> "*categoria de pessoas ligadas por um vínculo de interesse comum que as levou a congregar-se para defendê-lo. É também esse vínculo de interesse que define a relação de pertinência, ou pertinência temática, como se diz. (...)* [A] *norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida*" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 556).

7. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução de obra literária, artística ou científica, tendo o dever de publicá-la e divulgá-la (art. 1º, § 3º). A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora (art. 8º) preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional (doc. 4), nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal.

A alegação de desempenhar a Autora funções de representação de classe profissional não procede.

Como averbado pela Associação Eduardo Banks, não se qualifica como associação sindical de classe profissional, mas associação civil de classe econômica composta pela união de pessoas jurídicas em torno de finalidades específicas.

A circunstância de não dispor de "*carta sindical expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego*" (fl. 15) e de a Associação Eduardo Banks

não compor seu quadro associativo apenas expressam a liberdade de associação estabelecida no art. 5º, inc. XX, da Constituição da República, reforçando os traços distintivos das associações sindicais (confederações, federações e sindicatos) em relação às de profissionais.

8. Ao contrário do sugerido pela Associação Eduardo Banks, a Autora é associação nacional representativa de categoria homogênea e bem delineada, classe das pessoas naturais ou jurídicas dedicadas à edição de livros, não se despojando dessa condição por não ser integrada por associações regionais, mas por associados distribuídos em ao menos nove Estados da Federação.

A circunstância de seu quadro associativo ser integrado por pessoas naturais e jurídicas não a desnatura, tampouco revela heterogenia em sua composição. Não é incomum associações civis, especialmente as profissionais, serem compostas pelos servidores e agentes políticos integrantes de determinada categoria profissional e também por associações que os congregue no plano estadual. Nessa linha de entendimento, por exemplo, o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.797 e 2.860, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.288, Relator o Ministro Ayres Britto, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol; e, por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.903, Relator o Ministro Celso de Mello, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos - Anadep.

9. Quanto ao tempo de constituição da Autora, importa destacar que as Leis ns. 9.868/1999 e 9.882/1999, que dispõem sobre as ações de controle concentrado de constitucionalidade submetidas ao cuidado deste Supremo Tribunal, não enunciam o prazo de constituição das associações como elemento substancial ao exame de sua legitimidade ativa.

Não se desconhece ter a Lei n. 7.347/1985 inspirado a construção jurisprudencial deste Supremo Tribunal sobre a necessária pertinência temática entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos institucionais dos legitimados especiais para a propositura da ação. Entretanto, não se pode pretender transportar para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, de amplitude pronunciada, a disciplina da ação civil pública, cuja aplicação se dá apenas de forma subsidiária.

Concluo que a restrição alusiva à pré-constituição há pelo menos um ano antes da data de ajuizamento da ação (art. 5º, inc. V, al. *a*, da Lei n. 7.347/1985) não constitui obstáculo jurídico-processual intransponível ao acesso à jurisdição constitucional, especialmente em se tratando de tema de inegável relevo jurídico sobre o qual este Supremo Tribunal deverá se dedicar para harmonizar os direitos constitucionais em conflito aparente.

10. No ponto, a Procuradoria-Geral da República asseverou:

> *"A presente ADI deve ser admitida. No que concerne à legitimidade ativa, a requerente é entidade de âmbito nacional, congregando a categoria econômica homogênea dos editores de livros. Ele comprovou documentalmente ser composta por 35 (trinta e cinco) associações, distribuídas por 9 (nova) Estados da Federação, o que caracteriza o seu caráter nacional, à luz da jurisprudência da Corte. Portanto, enquadra-se perfeitamente à hipótese prevista no art. 103, inc. IX, da Constituição Federal.*
>
> *É indiscutível, por outro lado, a pertinência temática entre a questão debatida na ação – normas que criam embaraço à atividade editorial, como é o caso dos arts. 20 e 21 do Código Civil, na interpretação ora contestada – e os interesses institucionais da requerente, que congrega os editores de livros.*
>
> *Os atos normativos impugnados são preceitos de lei federal superveniente à Constituição e o pedido formulado na petição inicial, de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, é juridicamente possível, encontrando expressa previsão em nosso*

> *ordenamento jurídico (art. 28, parágrafo único, da Lei n 9.868/1999). Portanto, estão presente todos os requisitos para o conhecimento da presente ADI".*

11. Pelo exposto, **supero a preliminar arguida de ilegitimidade ativa, prosseguindo na análise de mérito da presente ação.**

Da audiência pública

12. Antes de adentrar o mérito da ação, acentuo os argumentos apresentados em audiência pública, realizada em 21.11.2013, para se ouvir a sociedade sobre o objeto do que posto em exame neste processo.

Os órgãos e entidades admitidos manifestaram-se nos termos seguintes:

a) Ministério Público Federal (Odim Brandão Ferreira): a controvérsia central seria a necessidade de licença prévia de familiares ou de pessoas próximas ou sucessores para a publicação de determinada biografia (p. 6).

b) Academia Brasileira de Letras (Ana Maria Machado): os dispositivos afrontariam o direito do cidadão à informação (artigo 5º, inciso XIV da Constituição), além de atingir a liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Biografias constituem gênero literário e fonte histórica. Conhecer as vidas dos antepassados, em todas as sociedades, constitui fundamenta fundamental para a construção do futuro e para a elaboração da identidade cultural (não se pode aceitar que arbítrio pessoal incida sobre a liberdade de manifestação). Abertura de portas para a instalação de censura à imprensa (possibilidade de incidir sobre jornais, revistas, televisão e demais meios de comunicação de massa, visto que a redação dos artigos, cuja constitucionalidade se questiona, em momento algum se refere especificamente a livros).

c) Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (Roberto Dias): a democracia, mais do que regime do consenso, é regime do dissenso; no Habeas Data nº 22, relatado pelo Ministro Celso de Mello, afirma-se, com base no pensamento de Noberto Bobbio, que o nosso modelo político jurídico atual, não autoriza poder que oculta e que se oculta. A ADPF nº 130 de 2009, na qual se concluiu que a Lei de Imprensa, produzida durante o regime militar, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Naquele julgamento, este Supremo Tribunal Federal mencionou que, todos têm o direito de dizer o que pensa. Só *a posteriori* se podem adotar medidas judiciais protetivas de direitos da personalidade, não havendo censura boa ou má, pois toda censura é inconstitucional.

d) *União Brasileira de Escritores (Alaor Barbosa dos Santos):* as normas do Código Civil Brasileiro não fazem referência expressa a livros ou biografias. A expressão "divulgação de escritos" não incluiria biografias e livros (mas escritos pessoais). A pena prevista no inc. X do art. 5º da Constituição da República é o direito à indenização do dano material ou moral, decorrente da sua eventual violação.

e) Universidade Federal do Rio de Janeiro (José Murilo de Carvalho): a censura prévia de biografias por extensão da escrita da História priva o leitor e o cidadão de acesso ao conhecimento de sua própria sociedade. A Constituição garante aos que se julguem ofendidos o direito de resposta e de indenização. E o Código Penal contempla penas severas para calúnia, difamação e injúria. Para viver do público, cortejando o público e, ao mesmo tempo, privar o público da liberdade de se manifestar sobre elas, inclusive sobre suas vidas privadas, servir-se do público e não querer servir o público constitui, sem dúvida, grande incoerência, além de revelar uma visão tosca da posição que se ocupa na sociedade.

f) Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão (Leo WojdOJDYSLAWSKI): a produção audiovisual é baseada, no caso em

discussão, em biografias, que sofrem muitos obstáculos pelos interesses variados de parentes e dos próprios biografados:

> *"Outro fato, que é até mais grave, também veiculado na imprensa recentemente, é o caso da obra que conta a história de Guimarães Rosa, mais precisamente, na passagem de Guimarães Rosa na Embaixada da Alemanha, ocasião em que ele ajudou diversos judeus a fugirem da ameaça nazista. Essa obra foi proibida, não foi proibida judicialmente, mas há manifestação de duas herdeiras no sentido de que não vão autorizar a exibição da obra porque essa passagem da vida de Guimarães Rosa se deu com a segunda esposa dele, ou seja, elas não vão autorizar, porque querem que essa passagem seja excluída da biografia de Guimarães Rosa".*

Atualmente, três tipos de situações são mais comuns e discutidas no Judiciário: o uso de dados privados e imagem de pessoas para fins informativos, ou seja, pela imprensa, caso em que a jurisprudência tem sido ao favorável à livre expressão, posicionando-se firmemente; a segunda relaciona-se à publicidade, uso da imagem para fins publicitários, também a jurisprudência colocando-se firmemente contrária, ou seja, fazendo prevalecer o direito individual de proteção à imagem; e o terceiro são casos relacionados a filmes e livros biográficos.

A oportunidade desta ação direta de inconstitucionalidade estaria em que a decisão desta ação direta de inconstitucionalidade não apenas declararia a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, como também versaria e solucionaria situações que fazem parte do cotidiano das pessoas que estão aqui expondo os problemas, para haver parâmetros e definição das condutas de tribunais, porque não se reexaminam provas sobre o mau uso da imagem das pessoas em recurso extraordinário, vale dizer, a matéria não chega a este Supremo Tribunal em casos concretos (Súmula 279).

g) Representantes da Comissão de Direito Autoral da Ordem dos

Advogados – Seccional de São Paulo (Silmara Chinelato): este Supremo Tribunal Federal enfatizou, em várias oportunidades, a relevância do caso concreto, decidindo, em favor da liberdade de expressão - como na denominada Ação direita n. 4.451; no Caso Ellwanger (Habeas Corpus nº 82.424) -, o que demonstra não haver hierarquia em favor da liberdade de expressão abstratamente considerada. A Corte Europeia dos Direitos do Homem, como, por exemplo, no *Affaire von Hannover*, adotando-se decisão em favor da publicação de fotografias da família de Caroline, do Principado de Mônaco, porque não se detectou interesse público na divulgação, e outra decisão em favor da liberdade de expressão e direito à informação porque caracterizado esse interesse, não mera curiosidade. Ambos os casos foram discutidos à luz dos artigos 8º (direito à vida privada e familiar) e 10º (liberdade de expressão) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

h) Instituto Palavra Aberta (Patrícia Blanco): Em 23 de novembro de 1644, há exatos trezentos e sessenta e nove anos, John Milton, poeta e político, precursor da liberdade de expressão, elaborou vigoroso ensaio, de nome Areopagitica, antecipando-se à defesa de prática que, no futuro, seria dominante nos países democráticos. Tratava-se da liberdade de publicar livros sem a exigência do "*deixem-no ser impresso", in premature*, em latim. Pedia-se, antes, autorização do imperador ou da autoridade eclesiástica, reconhecendo-se, enfim, que naquelas páginas nada havia contra o regime ou a crença dominante. Antes, o escrito passava pela censura para receber o nada consta, *nihil obstat.*

i) Newton Lima (Deputado Federal): O Projeto de Lei 393 altera o Código Civil - a Lei 10.406 -, nos artigos mencionados, que hoje permite a divulgação em casos conhecidos. Fatos conhecidos ou públicos, de uma forma ou de outra, não deveriam ser impedidos de serem divulgados, sob pena de se tolher a liberdade de expressão. O art. 206 da Constituição dispõe: "*O ensino será ministrado com base na liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*". Decidiu um juiz de

primeira instância sobre o livro do autor Paulo Cézar de Araújo sobre a história do Roberto Carlos. O juiz decidiu em favor de Roberto Carlos: se o livro não fosse retirado das prateleiras, porque não havia sido autorizado pelo autor, com base, portanto, no Código Civil, uma pena de quinhentos mil reais por dia, dois anos de detenção do autor e retirada dos livros das lojas. Glauber Rocha fez um filme sobre Di Cavalcanti, mas a família não autorizou a sua divulgação, indo ao Judiciário e impedindo todos conhecerem algo que poderia elucidar a obra desse grande pintor.

j) Sindicato Interestadual da Indústria Audio Visual (Cláudio Lins de Vasconcelos): Não se estaria a defender a "jusfundamentalidade da fofoca", a "jusfundamentalidade da mentira" ou da propaganda subliminar. Para esses e outros abusos há muitos remédios: uma segunda versão dos fatos, por exemplo, o direito de resposta, a busca de indenização financeira na Justiça, ou mesmo a busca de reparação na esfera criminal. Mas são todas medidas *a posteriori*, que dependem da consumação do ato ilícito. Que sejam severas, mas jamais prévias.

k) Ronaldo Caiado (Deputado Federal): Qualquer pessoa pode dizer o que, de quem, no lugar e no momento que quiser. A Constituição exige apenas a identificação do autor, para permitir que o ofendido se defenda de eventuais ofensas à sua honra, imagem ou boa-fama, e para inibir o uso irresponsável dessa prerrogativa. A pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa-fama ou respeitabilidade poderá requerer pelo procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em reprodução futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio. A proposta é exatamente a ampla liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, rito célere para se demonstrar se a agressão ou frase atribuída a alguém que está sendo biografada procede, ou não. A exclusão será exatamente da frase ou das frases. Não está pedindo recolhimento de livros. Que seja dado ao cidadão biografado, agredido, a condição de poder mostrar a seus filhos, a sua família, à

sociedade brasileira, que aquilo realmente não é verdade em relação a sua biografia, ao seu passado e a sua vida.

l) Marcos Rogério (Deputado Federal): cita decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre jogador de futebol: "*Não se limitou o autor a relatar o futebol do jogador, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão [fulano de tal] e apequenando a sua imagem. Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do livro em exame é um longo discurso contra a imagem do [jogador]. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano. Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despindo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do livro, [o jogador] não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano. Se tal não bastasse, atenta ainda o livro agressivamente contra a intimidade do [jogador], trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do livro; seria grosseiro e deprimente, mas se alguém quiser conferir verifique fls [tais]." (trecho de decisão do eminente julgador)*". Veja-se aqui um importante esclarecimento, dados da vida privada e íntima de um herói nacional colocado a público. Com que intuito? Para informar a população? A respeito de quê? Qual o interesse público envolvido aqui? O que pretendeu o biógrafo com a publicização da intimidade do jogador? Informar a sociedade de uma questão de interesse público ou explorar a imagem de uma pessoa pública para auferir lucros a partir da venda desta biografia? Não se está a discutir matéria jornalística ou escrito historiográfico, mas biografias, escritos comerciais para a exploração da imagem de uma pessoa com finalidade de lucro. Não basta

indenizar *a posteriori*, sendo necessário instrumentalizar o ofendido para que ele possa, se assim achar necessário, retirar de circulação a publicação que lhe atinge a honra e a imagem.

m) Sindicato Nacional dos Editores de Livros (Sônia da Cruz Machado de Moraes): A vida de figuras públicas é parte da historiografia social. Contá-la é direito de todos, independente de censura ou licença, como assegura a Constituição.

n) Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (Ivar Alberto Martins Harmann): Em um caso de adolescente do Piauí - de 17 anos -, mostrava-se vídeo que trazia momentos íntimos; no caso da adolescente do Rio Grande do Sul, uma foto. Nestes casos, seu vazamento resultou no infeliz suicídio de cada uma. Isso está na pauta legislativa, está na pauta do Direito em outros países. O Estado da Califórnia acaba de legislar sobre isso e criminalizar vazamento de material que envolve momentos íntimos de mulheres. Cogita-se de legislar sobre isso aqui, no Brasil, também. Este Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, decidiu, na Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.274, que, mesmo quando em jogo bem jurídico considerado de importância pelo legislador que poderia tornar crime aquilo venha a lhe trazer risco, prevalece a liberdade de expressão Nas Reclamações ns. 15.243, 11.292 e 16.074, Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, apontaram a impossibilidade de se coibir a manifestação política que venha, eventualmente, a constituir crítica ou ridicularização de pessoa pública, pela prevalência da liberdade de expressão. Não se está cogitando, nada mais nada menos, do que do critério estabelecido pela Suprema Corte norte americana, em 1964, no caso *New York Times x Sulivan.* É a necessidade de constatação de duas coisas, não só o erro em relação ao que se relata, mas também à má-fé na produção e no relato desse erro. Ou seja, não basta que esteja errado, porque, em pesquisa acadêmica, como sabido, não existe verdade absoluta.

o) Ministério da Cultura (Renato de Andrade Lessa): a fixação, no século XVII, a partir da obra de pensadores tais como John Locke, de direitos subjetivos, ou seja, direitos decorrem não de circunstâncias particulares, mas de um modo próprio de conceber a natureza humana como constituída pelo direito natural à liberdade, incluído neste termo tanto vontades de expressão como desejos de proteção. O filósofo liberal contemporâneo Isaiah Berlin declarou não haver garantia de que os bons valores e princípios sejam compatíveis. Há que se trabalhar com criatividade para que as orientações normativas decantem na experiência social. O que se teme na biografia? Mais do que a revelação de aspectos factuais desairosos ou de sua vulnerabilidade a profissionais da mentira, há que se reconhecer que o que mais amedronta são os efeitos da interpretação.

p) Associação Eduardo Banks (Ralph Anzolin Lichote): A ANEL é entidade feita no jeitinho carioca. Em menos de dois meses foi criada, praticamente para ajuizar essa ação direta. A presente ação direta de inconstitucionalidade deveria ser arquivada por absoluta ilegitimidade da entidade que a propôs: "*todos nós, na nossa juventude, participamos de festa de calouros na faculdade, participamos de alguma coisa, e às vezes a gente escorrega*". Isso não quer dizer que a vida tem que ser o nosso passado. E às vezes a gente não pode ser avaliado pelo nosso passado, mas pelas nossas obras, por nossa continuidade.

q) Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional (Ronaldo Lemos): O posicionamento, unânime, do Conselho de Comunicação Social é bastante claro a favor do direito de se fazerem biografia e sem a necessidade de obtenção de autorização prévia. Mais do que isso, o Conselho recomendou a aprovação do PL 39.311, do Deputado Newton Lima. Nos EUA, John Kennedy, ex-presidente dos Estados Unidos, com uma morte trágica, tem mais de oitenta biografias; o Papa João Paulo II tem mais de cem biografias; Evita Perón mais de vinte biografias; Steve Jobs, para além daquelas biografias mais populares e conhecidas, foi

sujeito de outras quinze biografias, algumas delas feitas na forma de documentários, outras diversões cinematográficas e, até mesmo, uma biografia em estória em quadrinhos. O artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos é explícito em vedar a censura prévia:

> *"Art. 13.*
> *(...)1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha."*

E, no inciso II do artigo 13º da Convenção, se tem:

> *"Art. 13.*
> *(...) 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*
> *a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*
> *b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas."*

r) Associação Paulista de Imprensa (Sérgio Redó): defende que agente público não tem intimidade como se tem quando se cogita de um anônimo. Porque essa pessoa anônima não quer envolvimento, não quer qualquer situação que a ponha em litígio, que faça com que a sua imagem seja discutida. O filósofo francês Voltaire, no mais eloquente dos seus discursos contra os seus piores detratores, dizia sempre: "*Haverei de lutar incansavelmente para que, mesmo não concordando com aquilo que você se pronuncia, você tenha sempre o direito de falar*."

s) João Ribeiro de Moraes (advogado): consigna que as pessoas retratada nas biografias, que tinham o mais legítimo interesse no que vai ser

decidido aqui, não foram ouvidos, tiveram suas defesas cerceadas.

t) Ordem dos Advogados do Brasil (Marcus Vinicius Furtado Coelho): Não podemos tornar o direito de crítica, que é constitucional, em algo passível de ser responsabilizado civil ou criminalmente. Contraria postulado da Ordem dos Advogados do Brasil qualquer proposta de censura, pois o que a Ordem propõe é mais liberdade de expressão e, no caso concreto, de publicação de biografias, independente de consentimento. Questões negativas sobre ídolos é algo que pode influir positivamente no País, para se demonstrar que inclusive ídolos são seres humanos e cometem equívocos, a serem evitados pelas pessoas. Esconder da vida dos ídolos erros ou equívocos não colabora para o futuro da nação. O exemplo, mesmo o negativo, pode ser utilizado para educar futuras gerações a não cometê-los.

13. As manifestações havidas na audiência pública foram encaminhadas aos Ministros, para conhecimento da íntegra das opiniões ali apresentadas, constituindo fonte dos dados a serem considerados sobre o papel das biografias e a sua condição de referenciabilidade sócio-histórica, sem menoscabo da defesa ao direito à vida e à intimidade dos biografados.

Parâmetros normativos constitucionais e regras civis de interpretação demandada

14. Para perfeita delimitação da questão posta e dos fundamentos nos quais se há de buscar a conclusão deste julgamento, transcrevo as normas constitucionais paradigmas e aquelas objeto específico do questionamento formulado e a ser respondido.

Dispõe a Constituição do Brasil nos incisos IV, V, IX, X e XIV, do seu art. 5º e nos parágrafos 1º e 2º do seu art. 220:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Tem-se nas normas do Código Civil, para as quais se pede interpretação conforme a Constituição na presente ação:

"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou

> *se se destinarem a fins comerciais.*
>
> *Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.*
>
> *Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".*

15. O objeto do questionamento formulado em face de tais princípios constitucionais e da vigência das regras civis amplamente aproveitadas judicialmente como fundamento de decisões proibitivas de biografias, o que se tem como núcleo da indagação judicial na presente ação para a qual se pede resposta é:

a) sendo os princípios constitucionais de centralidade fundante no sistema jurídico brasileiro vigente e determinante da interpretação das normas infraconstitucionais, incluídas, pois, aquelas que formam o acervo normativo civil;

b) extraindo-se de uma primeira leitura que as regras civis configurariam arcabouço de proteção de alguns direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados (direito à privacidade em especial), formulando regras de conteúdo proibitivo em relação de horizontalidade (dimensão horizontal dos direitos fundamentais aplicados e a serem respeitados nas relações civis);

c) a proibição genérica das regras civis não excepcionando, em sua dicção, obras biográficas na referência normativa feita a imagem da pessoa ou a seus familiares;

Poder-se-ia concluir serem inconstitucionais as regras do Código Civil por proibirem divulgação de escritos, transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa sem exceção a obras biográficas, exorbitando, no caso, de conteúdo que pode

cercear ou até mesmo esvaziar liberdade constitucional de outrem?

Ou, diversamente, haveria de se concluir serem constitucionais aquelas regras exatamente por serem regras que desdobram aqueles princípios com realce a direitos individuais, sem conflito substantivo, pelo que poderia ser ultrapassado mantendo-se o espaço de decisão particular do interessado?

Ou, ainda, o conflito aparente de normas pode ser desfeito pela harmonização interna dos princípios e preceitos constitucionais, segundo os quais haverá de ser interpretada a legislação infraconstitucional, não se descurando a interpretação do texto considerado em seu contexto, sem o que a Constituição não seria mais que pretexto anulador de avanços sociais e jurídicos?

16. O controle constitucional exercido na atualidade atenta à máxima efetividade das norma fundamentais e ao aproveitamento compatível do direito infraconstitucional com as diretrizes principiológicas do sistema, por técnica de interpretação que garanta a eficácia jurídica e social do ordenamento.

Como leciona Paulo Bonavides:

> *"em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. (...) Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada "Conforme a Constituição", será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. (...) Assinala a jurisprudência constitucional de Karlsruhe, ao utilizar o*

presente método, que o fim da lei também não deve ser desprezado, de sorte que da intenção do legislador há de conservar-se o máximo possível de acordo com a Constituição.

Urge porém que o intérprete na adoção desse método não vá tão longe que chegue a "falsear ou perder de vista num ponto essencial o fim contemplado pelo legislador".

Como se vê, esse meio de interpretação contém um princípio conservador da norma, uma determinação de fazê-la sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do "favor legis" ou do "favor actus", ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma. (...) Tocante ao lado positivo do método, é de ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acordãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade. (...)

Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 517-519/524).

Liberdade de expressão, direito à intimidade e direito à privacidade

17. Como antes anotado, a análise do que posto em exame nesta ação refere-se ao conteúdo e à extensão do exercício do direito constitucional à expressão livre do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação dos biógrafos, editores e entidades públicas e privadas veiculadoras de obras biográficas, garantindo-se a liberdade de informar e de ser informado, de um lado, e o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos biografados, de seus familiares e de pessoas que com eles conviveram.

Estas liberdades constitucionalmente asseguradas informam e conduzem a interpretação legítima das regras infraconstitucionais. O objeto da presente ação, como antes relatado, é exatamente a interpretação de normas do Código Civil relativas à divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada, distinguindo-se obras biográficas de outros conteúdos que podem vir a ser divulgados, transmitidos, produzidos, publicados ou expostos (arts. 20 e 21 do Código Civil) e que, submetidos às normas de proteção daquele diploma legal, poderiam manter-se no espaço mais alargado atualmente adotado nas regras jurídicas vigentes e mesmo na jurisprudência predominante sobre a matéria.

Liberdade de expressão e direito à liberdade de expressão

18. Há de se buscar definir, no direito contemporâneo, o direito de liberdade de expressão, iniciando-se por distingui-lo da liberdade de expressão, conceito mais amplo e objeto de diversos ramos do conhecimento, como a filosofia, a literatura, a religião, a linguística, dentre outros.

Ensina Renato Alessi ser importante afirmar-se aquela diferença

entre liberdade e direito de liberdade pelas consequências daí advindas:

> *"La libertà individuale può essere definita come la posicione del singolo individuo nella quale esso ha la possibilità di svolgere la sua attività naurale, determoninandose secondo la propria volontà, per il raggiungimento dei fini ed il soddisfacimento degli interesse che egli può avere come uomo, vale a dire indipendenemente dalla sua qualità di appartenente allo Stato, et non siano positivamente vietati dal diritto.*
>
> *Comme appare da tale definizione, la nozione di libertà individuale è concetto essenzialmene metagiuridico; la nozione di libertà entra invece nel campo giuridico, come diritto di libertà, sotto il profilo dela tutela che l´ordinamento giuridico accorda all´individuo nello svolgimento dele predette attività, al fine di garantirlo da attentati da parte di ogni altro soggetto, cui impone genericamente il dovere negativo di astenersi dal turbar ela sfera dela libertà individuale: dovere negativo, dovere, cioè, di astenersi tanto dal frapporre illegittimi ostacoli al libero svolgimento dele attività dell ´individuo quanto dall´imporre positive costrizioni dirette ala posizione in essere di atti positivi. Conteneto del diritto di libertà, pertanto, è soltanto la mera astensione da parte di ogni altro soggetto, dal turbare illegittimamente vale a dire in modo che non sai expressamente consentito dalla legge, la sfera di libertà individuale; non già, adunque, le singole possibili attività che l´individuo avvalendosi di detta sfera,, può esplicare; contenuto, pertanto, essencialmente negativo, quanto meno per quanto concerne i rapporti com i terzi e quindi relativamente a quello che è il lato esterno formale, visibile, del diritto..."* (ALLESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, v. II, p. 587).

De Pimenta Bueno vem a lição segundo a qual

> *"a liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer seus destinos. É*

> *o primeiro dos direitos, e salvaguarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança e a dignidade humana. ... O bem ser do homem é tanto maior quanto maior é a sua liberdade, quanto menor é o sacrifício ou restrições dela"* (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.* Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 382).

O direito à liberdade de expressão – transcendendo o cogitar solitário e mudo e permitindo a exposição do pensamento - permeia a história da humanidade, pela circunstância mesma de ser a comunicação própria das relações entre as pessoas e por ela não apenas se diz do bem, mas também se critica, se denuncia, se conta e reconta o que há de vida e da vida, da própria pessoa e do outro, fazendo-se a arte exprimindo-se o humano do bem e do mau, da sombra e do claro. E forma-se pela expressão do que é, do que se pensa ser, do que se quer seja, do que foi e do que se pensa possa ser a história humana transmitida. Afinal, no princípio é o Verbo. Encarna-se a vida no Verbo. E o verbo faz-se carne e torna-se vida.

O ser faz-se verbo.

Cada tempo tem sua história. Cada história, sua narrativa. Cada narrativa constrói e reconstrói-se pelo relato do que foi não apenas uma pessoa, mas uma comunidade. E assim se tem a expressão histórica do que pôde e o que não pôde ser, do que foi para se imaginar o que poderia ter sido e, em especial, o que poderá ser.

História faz-se pelo que se conta. Silêncio também é história. Mas apenas quando relatada e de alguma forma dada a conhecimento de outrem. Pela sua força de construção e desconstrução de relações sociais, políticas e até mesmo econômicas, a expressão como direito é fruto de lutas permanentes desde os primórdios da história.

Se expressão é palavra, como enfatizado na regra de direito civil, não se deslembre Cecília Meireles: "*ai palavras, ai palavras; que estranha potência a vossa...A liberdade das almas, ai! com letras se elabora...e dos venenos humanos sois a minha fina retorta: frágil, frágil como o vidro, e mais que o aço poderosa! Reis, impérios, povos, tempos, pelo vosso impulso rodam...*".

Direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido. E é acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício deste direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõem novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade. Mas em toda a história da humanidade, o que se tem como fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão.

Quem, por direito, não é senhor do seu dizer não se pode dizer senhor de qualquer direito.

É de J.J. Gomes Canotilho a advertência de que

> "*A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrudrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão* stricto sensu, *de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de*

> *radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade" (*CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.. *Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In:* JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário.* Curitiba: Juruá, 2014, p. 132).

19. Tal a força do direito à liberdade de pensamento, desdobrada em sua formulação normativa pelo enunciado da garantia da livre expressão, que, no fundamento mesmo da concepção moderna do Estado Democrático de Direito, se encareceu como princípio magno.

Desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, a garantia de exercício das liberdades, realce dado à livre comunicação do pensamento e de opinião, foi erigido em ponto nuclear do sistema, tendo-se no art. XI:

> *"La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi".*

Na sequência daquela conquista fundamental, os documentos de direitos humanos reiteraram aquela liberdade essencial. A Declaração Universal dos Diretos Humanos da ONU, de 1948, dispôs, em seu art. 19:

> *"Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão".*

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado no Brasil em 1992, preceitua, em seu art. 19:

> *"1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.*
>
> *2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.*
>
> *3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:*
>
> *a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*
>
> *b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas".*

No espaço do direito internacional regional, essa mesma garantia de liberdade está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, vigorando internacionalmente desde 18.7.1978, e ratificada pelo Brasil em 25.9.1992, internalizada pelo decreto da Presidência da República do Brasil de 6.11.1992, traz em seu art. 13:

> *"Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão*
>
> *1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.*
>
> *2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:*
>
> *a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*

> *b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*
>
> *3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*
>
> *4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.*
>
> *5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".*

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 1953 pelo Conselho da Europa, dispõe em seu art. 10:

> *"Art. 10° - Liberdade de expressão*
>
> *1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.*
>
> *2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir".*

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, prevê, em seu art. 9º:

> *"1. Toda a pessoa tem direito à informação.*
> *2. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos."*

E na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, se tem, no art. 11:

> *"Liberdade de expressão e de informação*
> *1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.*
> *2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social".*

20. A elaboração destes, dentre outros documentos normativo, marca historicamente a estruturação e a dinâmica da disciplina jurídica Internacional dos Direitos Humanos, que, a par de explicitar o rol de direitos fundamentais das pessoas, impõem, paralelamente, obrigações aos membros da comunidade internacional para assegurá-los, não se podendo deixar de anotar serem eles de cumprimento incontornável pelos entes estatais e pelos particulares. Direitos fundamentais são de titularidade de toda pessoa, como são de responsabilidade de todos com todos, de cumprimento obrigatório em relação ao outro, independente de sua condição e natureza.

Tem-se na palavra de Ingo Sarlet que

> *"É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão*

e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. (…)

Já pelas razões articuladas - para que a liberdade de expressão possa cumprir com sua função numa ordem democrática e plural é de se sublinhar que, quanto ao seu âmbito de proteção, a liberdade de expressão abarca um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades (faculdades) de conteúdo espiritual, incluindo expressões não verbais, como é o caso da expressão musical, da comunicação pelas artes plásticas, entre outras. A liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros etc. Assim, é a liberdade de opinião que se encontra na base de todas as modalidades da liberdade de expressão, de modo que o conceito de opinião (que, na linguagem da Constituição Federal, acabou sendo equiparado ao de pensamento) há de ser compreendido em sentido amplo, de forma inclusiva, abarcando também, apenas para deixar mais claro, manifestações a respeito de fatos e não apenas juízos de valor. Importa acrescentar que, além da proteção do conteúdo, ou seja, do objeto da expressão, também estão protegidos os meios de expressão, cuidando-se, em qualquer caso, de uma noção aberta, portanto inclusiva de novas modalidades, como do caso da comunicação eletrônica.

Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre

qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas: as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo "gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem corno as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs etc. (…)

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão - pelo menos de acordo com significativa doutrina - assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial - em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 — tem sido, em geral, aplicada de forma tímida. De qualquer modo, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. Assim, quando se fala de uma posição preferencial - pelo menos no sentido em que aqui se admite tal condição -, tem-se a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera - da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos - não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais em espécie*. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 446/456-457-458/460-461).

21. No direito brasileiro, a liberdade de pensamento e de expressão foi, desde a primeira Constituição – a Carta de Lei de 25 de março de 1824, outorgada como Constituição do Império -, contemplada como

direito fundamental, de maneira mais ampla ou mais restrita.

A história brasileira não foi livre de intempéries. De arroubos de poder e arrombos nas Constituições, nem sempre se pode expressar o pensamento livremente, como previsto nas normas. A liberdade foi desafio e conquista incessante. No Brasil como em qualquer parte do mundo. É um registro, não uma queixa. Liberdade não é direito acabado. É uma peleja sem fim. Mais que tudo, no Brasil ainda se está a construir o processo de libertação, mas então se cuida de processo sócio-político, respeitante à história da coletividade.

22. Para registro, vale a menção aos dispositivos constitucionais que se sucederam, nos ordenamentos jurídicos que vigoraram no Brasil, no igual significado de se reconhecer como fundamental o direito à liberdade de pensamento e de expressão do pensamento. Tome-se fundamental no sentido de fundante do esquadro constitucional definidor do regime político do Estado, fundamento das instituições e relações estatais e cidadãs e fundamento do acervo garantido de direitos primários e essenciais das pessoas.

A Carta Imperial (Carta de Lei de 25.3.1824) dispunha em seu art. 179:

> *"Art. 179 – ...*
> *IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar."*

A Constituição de 24.2.1891, primeira promulgada na República então recém instalada, preceituava:

> *"Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros*

residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

A Constituição de 16.6.1934 estabelecia:

"Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social."

A Carta outorgada em 10.11.1937, despojada de legitimidade pelas suas origens e de efetividade pelos fins dos detentores do poder de então, ainda que mais feita para não se cumprir – no que se cumpriu -, não deixou de formalizar aquele direito fundamental:

"Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento,

oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei".

A Constituição do Brasil de 18.9.1946 preceituava em seu art. 141:

"Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".

De se realçar, no ponto, que, na vigência desta Constituição sobreveio o Ato Institucional n. 2, de 1966, que alterou este parágrafo 5º do art. 141, segundo dispôs em seu art. 12:

"Art. 12 - A última alínea do §5º do 141 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

A Carta de 24.1.1967 estampava, no par. 8º do seu art. 150:

"Art. 150 - ...

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e

> *periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."*

A Emenda n. 1, de 17.10.1969, tecnicamente nova Carta a substituir a anterior, conquanto nem nome de Constituição ostentasse, passou a vigorar como texto normativo básico do Brasil. Pode-se afirmar, talvez, cuidar-se de uma Constituição envergonhada, que não ousava se afirmar como tal.

Trazia em seu texto:

> *"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:*
>
> *...*
>
> *§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos têrmos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes."*

23. Na vigência daquele texto, Constituição meramente formal no dizer de alguns constitucionalistas, sobreveio, dentre outros provimentos de inegável agressão àquele direito fundamental, o Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, que se sobrepunha ao texto outorgado como Emenda n. 1, de 1969, tida como Lei de Fundamentos imposta ao povo brasileiro. Afirmando prevalecer a Carta de 1967 deitava-a por terra. Constituição põe-se e impõe-se como Lei Fundamental por ser fundamento de validade das demais que compõem o ordenamento jurídico estatal. Outro

apresente-se a sustenta-la e ter-lhe-á sido retirado o auto fundamento, extraído de sua condição e natureza, a legitimá-la nesta posição de centralidade magna no sistema jurídico.

Tal o que se deu com os Atos Institucionais editados nos períodos ditatoriais no Brasil. Desconstitucionalizaram o Estado sem aviso. Amordaçaram a voz da sociedade. Pior: trancafiaram direitos fundamentais, cujo embasamento não se põe no Estado constitucional para o homem, mas por serem delas titular o homem se positivam eles.

No ato institucional n. 5, de 13.12.1968, avisava-se, na epígrafe mesma e também em seu art. 1º., estar-se a manter a Carta de 1967. Era um ato autorizativo da prevalência formal de normas que não tinham supedâneo na força do direito; impunha-se, às expressas, o direito da força.

Em seu art. 5º se dispunha:

> *"Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:*
> *…*
> *III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;".*

24. Em 29.5.1970 foi publicado o Decreto Legislativo n. 34, pelo qual foi aprovado o Decreto-lei n. 1077, de 1970. Nesse se dispunha sobre a *"execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil"*.

Mais para servir de alerta para interpretação constitucional como a que se pede na presente ação quanto aos riscos para a experiência democrática das tergiversações ou concessões feitas em matéria de direitos fundamentais como aquele relativo à liberdade de expressão, sem o qual os demais direitos são permeáveis às injunções momentâneas do

poder, vale a transcrição daquele Decreto-lei 1.077:

"DECRETO-LEI Nº 1.077, DE 26 DE JANEIRO DE 1970

Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 55, inciso I da Constituição e

CONSIDERANDO que a Constituição da República, no artigo 153, § 8º dispõe que não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos costumes;

CONSIDERANDO que essa norma visa a proteger a instituição da família, preserva-lhe os valôres éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade;

CONSIDERANDO, todavia, que algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes;

CONSIDERANDO que se tem generalizado a divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum;

CONSIDERANDO que tais publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira;

CONSIDERANDO que o emprêgo dêsses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional.

DECRETA:

Art. 1º Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação.

Art. 2º Caberá ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal verificar, quando julgar necessário, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior.

Parágrafo único. O Ministro da Justiça fixará, por meio de portaria, o modo e a ofrma da verificação prevista neste artigo.

Art. 3º Verificada a existência de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça proibirá a divulgação da publicação e determinará a busca e a apreensão de todos os seus exemplares.

Art. 4º As publicações vindas do estrangeiro e destinadas à distribuição ou venda no Brasil também ficarão sujeitas, quando de sua entrada no país, à verificação estabelecida na forma do artigo 2º dêste Decreto-lei.

Art. 5º A distribuição, venda ou exposição de livros e periódicos que não hajam sido liberados ou que tenham sido proibidos, após a verificação prevista neste Decreto-lei, sujeita os infratores, independentemente da responsabilidade criminal:

I - A multa no valor igual ao do preço de venda da publicação com o mínimo de NCr$ 10,00 (dez cruzeiros novos);

II - À perda de todos os exemplares da publicação, que serão incinerados a sua custa.

Art. 6º O disposto neste Decreto-Lei não exclui a competência dos Juízes de Direito, para adoção das medidas previstas nos artigos 61 e 62 da Lei número 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 7º A proibição contida no artigo 1º dêste Decreto-Lei aplica-se às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão.

Parágrafo único. O Conselho Superior de Censura, o Departamento de Polícia Federal e os juizados de Menores, no âmbito de suas respectivas competências, assegurarão o respeito ao disposto neste artigo.

Art. 8º Êste Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de janeiro de 1970; 149º da Independência e 82º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid"

25. Como anotado antes, entre a letra da norma constitucional e a sua efetividade jurídico-social a distância pode ser grande se não se

consolida o sentimento coletivo da Constituição, quer dizer, o espírito que a anima não é apoderada pelo corpo sócio-político como elos da mesma experiência democrática.

O Brasil nunca teve carência de bons (às vezes ótimos) textos constitucionais e legais. O de que sempre se ressentiu foi de dar a eles cumprimento integral, para que a confiança de sua efetividade jurídica garantisse ao regime democrático a segurança jurídica dos cidadãos, finalidade estatal e social a se cumprir.

Direito à Liberdade de Pensamento e de Expressão e Censura

26. No art. 5º, em especial em seus incs. IV, V, IX, X e XIV, da Constituição do Brasil, promulgada legitimamente em 5.10.1988, são minudentes os princípios sobre liberdade de pensamento, de expressão, de atividade artística, cultural e científica, dentre outras, sendo vedada, pela razão mesma daquele conteúdo, a censura (art. 220).

27. Tem-se nos dispositivos mencionados:

> *"Art. 5º...*
> *IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*
> *V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*
> *VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*
> *...*
> *IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
> *...*

XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

"Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição;

§1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

...

§ 6º: A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade."

28. Tantas são as normas constitucionais e internacionais declaratórias de direitos fundamentais, seria de se indagar se seria necessário anunciar-se a proibição da censura nos ordenamentos jurídicos.

Sendo a liberdade objeto de permanentes lutas porque de constantes ameaças, importante é não se permitir sequer a ocorrência de lesão a bem tão imprescindível. O direito faz-se para o dever ser; desnecessário para o que não seria. Por isso se introduzem, nos ordenamentos jurídicos, normas proibitivas de censura.

29. Censura é forma de controle da informação. Alguém, que não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística, do sentimento. Enfim, controla-se a palavra ou a forma de expressão do outro. Pode-se afirmar que se controla o outro. Alguém – o censor – faz-se senhor não apenas da expressão do pensamento ou do sentimento de alguém, mas – o que é mais – controla-se o acervo de informação que se pode passar a outros.

Para J.J. Gomes Canotilho:

> *"A proibição da censura é um dos aspectos centrais da liberdade de expressão. É natural a inclinação dos regimes autoritários em censurar a difusão de ideias e informações que não convêm aos governantes. Mas, mesmo fora das ditaduras, a sociedade muitas vezes reage contra posições que questionem os seus valores mais encarecidos e sedimentados, e daí pode surgir a pretensão das maiorias de silenciar os dissidentes. O constituinte brasileiro foi muito firme nesta matéria, ao proibir peremptoriamente a censura.*
>
> Pode-se adotar uma definição estrita de censura, ou preferir conceitos mais amplos. Em sentido estrito, censura é a restrição prévia à liberdade de expressão realizada por autorizada por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo. Este é o significado mais tradicional do termo. (...)Em sentido um pouco mais amplo, a censura abrange também as restrições administrativas posteriores à manifestação ou à obra, que impliquem vedação à continuidade da sua circulação. A censura posterior pode envolver, por exemplo, a apreensão de livros após o seu lançamento, ou a proibição de exibição de filmes ou de encenação de peças teatrais depois de sua estreia. Ela também é inaceitável, por ofender gravemente a Constituição.
>
> Um conceito ainda mais amplo de censura envolve os atos judiciais, que, em linha de princípio, também não podem proibir a comunicação de mensagens e informações ou a circulação de obras. Porém, aqui já não é mais possível falar numa vedação absoluta, mas apenas numa forte presunção de inconstitucionalidade das medidas judiciais que impliquem neste tipo de restrição à liberdade de expressão. É que, não sendo a liberdade de expressão um direito absoluto, em algumas hipóteses extremas pode ser admissível a proibição de manifestações que atentem gravemente contra outros bens jurídicos constitucionalmente protegido.
>
> *E, diante da importância da liberdade de expressão no nosso regime constitucional, deve-se reservar apenas ao Poder Judiciário a*

> *possibilidade de intervir neste campo para decretar tais proibições, nas situações absolutamente excepcionais em que forem constitucionalmente justificadas"* (CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET.Ingo Wolfgang. STRECK. Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Editora Saraiva. Almedina. 2013. p. 275).

30. A censura é, com frequência, lembrada em relação ao ilegítimo e perverso atuar ilegítimo do Estado. Prática comum em regimes autoritários ou totalitários, não é, contudo, exclusividade do Estado. Mas a censura permeia as relações sociais, propaga-se nas circunstâncias próprias da vida. A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar o pensado e o sentido. Democracia deveria escrever censura com s em seu início: semsura...

31. De se anotar que a liberdade de expressão, exposição, divulgação do pensamento põe-se em norma jurídica (emanada do Estado) como dever estatal, conquanto voltando-se a proibição expressa de sua restrição ao exercício estatal (censura legislativa, censura administrativa, censura judicial). Entretanto, para além disso, há de ser assegurada também contra ação de particular. O homem, sujeito de outros direitos que se pretende preservar – ou tanto se alega – também não pode praticar a limitação ou a extinção do direito à liberdade de expressão do outro em relação ao pensar sobre alguém. A censura particular não é legalmente vedada.

Mas não é novidade na história, nem menos grave a censura implícita ou expressa e exercida por particulares.

O *Index Librorum Prohibitorum* continha a lista de publicações literárias proibidas pela Igreja Católica sendo que o critério para que uma

obra integrasse essa lista era nela se conter ou se referir a teorias que os Papas não apoiassem ou aceitassem.

A primeira versão do *Index* foi promulgada pelo Papa Paulo IV em 1559 e sua versão revista foi autorizada pelo Concílio de Trento. A última edição do índice foi publicada em 1948. O *Index* foi abolido pela Igreja Católica em 1966 pelo Papa Paulo VI. Nessa lista estavam livros que supostamente contrariariam os dogmas da Igreja, neles se contendo o que os censores consideravam conteúdo impróprio.

Em determinados momentos da história obras de cientistas, filósofos, enciclopedistas ou pensadores como Galilei Galilei, Nicolau Copérnico, Giordano Bruno, Nicolau Maquiavel, Erasmos de Roterdão, Baruch de Espinosa, Jonh Locke, Berkeley, Denis Diderot, Blaise Pascal, Thomas Hobbes, René Descartes, Rosseau, Montesquieu, Dadiv Hume, Immanuel Kant teriam pertencido a esta lista, algumas sendo removidas mais tarde.

Romancistas e poetas de inegável importância foram incluídos na lista, como, por exemplo, Laurence Sterne, Heine Heinrich, John Milton, Alexandre Dumas (pai e filho), Voltaire, Jonathan Swift, Daniel Defoe, Vitor Hugo, Emile Zola, Stendhal, Gustave Flaubert, Anatole France, Honoré de Balzac, Jean-Paul Sartre.

Os efeitos do Índice em todo o mundo, católico ou não, são inegáveis. E nefastos. E em locais tão distintos como Portugal, Brasil ou Polônia era muito difícil de encontrar cópias de livros banidos.

Poderia parecer história. Talvez seja. Mas é história de que fomos – muitos de nós – sujeitos silenciados em ocasiões demasiadas. Nem sempre podíamos aprender a pensar para experimentar o que quiséssemos, menos ainda expressar o que pensávamos. O colégio de freiras tinha vasta biblioteca. Tinha horário obrigatório de leitura. Mas o

que se lia e o que era proibido de ser acessível a uma das estudantes faz-me engolir em seco quarenta anos com a só lembrança do maravilhamento e temor de perambular cabisbaixa entre prateleiras lotadas de livros, mas intocáveis muitos deles. Eram impróprios. Alguém assim decidira. Censura faz escola. E não é a que ensina e permite aprender a pensar e a saber.

32. A cultura do politicamente correto, expressão adotada desde a década de 80 do séc. XX, significando políticas tendentes a tornar a linguagem neutra para se evitar ofensa a pessoas ou grupos sociais discriminados historicamente, também vem sendo levada ao paroxismo, passando a se constituir em forma de censura da expressão. Adotam-se formas de censura implícita e particular, exercida de forma a tolher ou a esvaziar o direito à liberdade de expressão.

Com o politicamente correto adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo a que conduz a liberdade pessoal. Porque a censura estatal ou particular introduz o medo de não ser bem acolhido no grupo social. E o medo, junto com a vergonha, são os fatores que fragilizam o ser humano em sua dignidade. Sem dignidade, não se resguarda a identidade, que faz de cada qual ser único em sua humanidade insubstituível.

Não se banem apenas ideias e pessoas. A censura cala a pessoa, mas para além de cada um, cala a alma, a alegria, cala o sonho que se põe em expressão para se tornar ideia, que se pode converter em ação, que se pode tornar destino.

Do Índex da Igreja Católica ao McCartismo nos Estados Unidos, de Giordano Bruno ao *affaire Charlie Hebdo,* dois são os atributos da censura estatal ou particular: a intolerância à diferença e à sobranceria de uma em relação à outra pessoa, sobre a qual se pretende exercer o poder.

33. Conjugado com o direito à liberdade de expressão, a vedação a qualquer forma de censura exsurge como corolário lógico e imperativo.

Anota J.J. Gomes Canotilho que

> *"(...) O art. 5º, IV da Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe que 'é livre a manifestação do pensamento'. No inciso IX do mesmo artigo dispõe-se que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença'. Ao consagrar, nestes termos, o direito à liberdade de expressão, o Brasil coloca-se em fina sintonia com o tipo de Estado Constitucional democrático e com o direito internacional dos direitos humanos.*
>
> *Desde há muito que a doutrina constitucional proclama a função constitutiva e estabilizadora da livre formação individual e coletiva através de uma esfera de discurso público e aberta e pluralista. Os fundamentos dessa proclamação têm sido discernidos na procura da verdade e do conhecimento na expressão e autonomia individuais, na defesa do Estado de direito democrático, na livre concorrência de ideias, no desenvolvimento normativo, na libertação das tensões sociais, na proteção da diversidade de opiniões, na acomodação de interesses, na transformação pacífica da sociedade.*
>
> *A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrudrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas*

> *encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.*
>
> *... Inerente ao direito à liberdade de expressão encontra-se uma presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de censura, particularmente de censura prévia, seja ela pública ou privada. (...) A proibição de censura é de âmbito geral, do ponto de vista dos conteúdos expressivos, dos meios de comunicação envolvidos e dos destinatários por ela vinculados, valendo diante de qualquer entidade ou poder, de direito ou de facto, que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias e informações"* (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988*. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 128-129).

34. Não são incomuns normas constitucionais e de direito internacional proibitivas de censura. O art. 220 da Constituição do Brasil de 1988 não inova o direito constitucional.

Nos sistemas jurídicos brasileiros, reiteraram-se normas sobre as restrições ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Concluiu este Supremo Tribunal, em mais de uma ocasião, não se ter direito cujo exercício seja ilimitado juridicamente:

> *"direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, (admitem) a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o*

> *substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros"* (MS 23.452/RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 15.2.2000).

35. Sem exceção, as Constituições brasileiras tratam da censura em suas disposições para proibi-la ou permiti-la em situações excepcionais. A primeira Constituição brasileira, Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824, declara em seu artigo 179

> *"Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos*
>
> *Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. ...*
>
> *IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar".*

Ensina Pimenta Bueno, interpretando aquela Carta, que "*... como expresso formalmente em nossa tese constitucional, a liberdade não é, pois uma exceção, e sim a regra geral, o princípio absoluto, o direito positivo, a proibição, a restrição, isto sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por odo duvidoso, sim formal, positivo, tudo o mais é sofisma"* (BUENO, José Antônio Pimenta. *Op. cit.*, p. 383).

A primeira Constituição da República, de 1891, assegurava, em seu art.72 a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, compreendendo, fazendo constar:

"Art. 72. ...

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891, artigo 72, parágrafo § 12, redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)".

A Constituição de 1934 preceitua em seu artigo 113:

"Art. 113 - ...

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social".

Outras previsões sobre censura no corpo de normas constitucionais de 1934 restringem-se a casos de estado de sítio, situação autorizadora de censura a correspondências e publicações em geral. O parágrafo 5º do artigo 175 submetia à censura de livros, jornais ou quaisquer publicações para que pudessem posteriormente circular sem entraves no estado de sítio.

A Carta de 1937 trazia, no inc. 15 de seu art. 122, que "todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei", mas dispunha também sobre a possibilidade de prescrição legal em circunstâncias específicas:

"Art. 122. ...

> 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.
>
> *A lei pode prescrever:*
>
> *a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;*
>
> *b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;*
>
> *) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado".*

Aquela Carta previa também censura a comunicações orais e escritas quando decretado estado de emergência

> *"Art. 168 Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes: (...)*
>
> *b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;".*

A Constituição brasileira de 1946, no § 5º do artigo 141 expressa garantias similares às determinadas no artigo 113 da Constituição de 1934:

> *"Art. 141 - ...*
>
> *§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".*

Em caso de decretação de estado de sítio também a Constituição de 1946 prevê a possibilidade de censura "de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro" (inc. I do parágrafo único do art. 209).

O art. 113 da Constituição de 1934 e o art. 141 da Constituição de 1946 se mantêm na Carta de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, apresentando, entretanto, parcas modificações explicadas pelo fortalecimento da ditadura. O art. 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 dispunha:

> *"Art. 153. ...*
> *§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos têrmos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes".*

Aquele dispositivo foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 1077 de 1970, em cujo art. 1º se preceitua que "*não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação*".

Atualmente, como transcrito antes, prevalece a norma constitucional (art. 220 e, em especial, o seu § 2º da Constituição de 1988) que proíbe, expressa e taxativamente, "*qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística*".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 não apresentam em

seu texto referência à censura. O Pacto Internacional estabelece possíveis restrições ao direito à liberdade de expressão em seu art. 19:

> *"3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:*
>
> *a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*
>
> *b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas".*

35. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diversamente de outros documentos internacionais, refere-se à censura, proibindo, em seu art. 13, a censura prévia a qualquer exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão. A única exceção prevista é a autorização prévia para espetáculos públicos com o intuito de proteger crianças e adolescentes.

> *"O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*
>
> *a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*
>
> *b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*
>
> *3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*
>
> *4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção*

> *moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. (OEA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, artigo 13).*

Quanto à norma constitucional brasileira vigente (art. 220) ensina, dentre outros, José Afonso da Silva que a liberdade de comunicação, em especial a de imprensa,

> *"gera a repulsa a qualquer tipo de censura ... seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a divulgação da matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação do veículo impresso. Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X),pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §§ 1º e 2º)"* (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 827).

36. O sistema constitucional brasileiro traz, pois, em norma taxativa, a proibição de qualquer censura, valendo a vedação ao Estado e também a particulares. Tem-se, assim, assentada a horizontalidade da principiologia constitucional, aplicável a entes estatais ou a particulares. Quer-se dizer: os princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais não obrigam apenas os entes e órgãos estatais. São de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado nem pelo vizinho, salvo nos limites impostos pela legislação legítima para garantir a igual liberdade do outro, não a ablação deste direito para superposição do direito de um sobre o outro.

É, atualmente, de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial pouco contestado que a eficácia dos direitos fundamentais espraia-se nas relações entre particulares. Diversamente dos primeiros momentos do Estado moderno, no qual sendo o ente estatal o princípio agressor a direitos fundamentais contra ele se opunham as normas garantidoras desses direitos, tem-se hoje que não é permitido pensar que somente o Estado é fonte de ofensa ao acervo jurídico essencial de alguém. O particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de lhe cercear ou anular direitos fundamentais.

Quanto mais se amplia o espaço de poder social mais se tem a possibilidade real de ser a liberdade restringida pela ação de particulares contra um ou grupo de indivíduos. A proteção dos direitos não se limita, pois, à ação estatal, senão que ela se estende também à ação dos particulares no complexo das relações intersubjetivas.

A sociedade não é composta de pessoas em condições de condições força e poder idênticas, senão que a diferença pode permitir a um interferir e sobrepor-se à atuação legítima de outro particular, estabelecendo-se relações de poder privado que podem restringir ou ofender direitos fundamentais.

Por isso a eficácia dos direitos fundamentais é tida como extensiva ao Estado e também aos particulares, que não podem atuar em desrespeito ao que é garantido no sistema constitucional.

Os conflitos entre particulares podem atingir direitos fundamentais pela desproporcionalidade do poder exercido por um em relação a outro ou em contrariedade ao interesse público. Nem por ser particular se haverá de desconsiderar ilegítimo tal agir. Mais comum quando exercido pelo Estado, também o particular pode atuar com abuso de poder ou com exorbitância de poder em relação a outrem, o que torna o prejudicado

legitimado a defender os seus direitos quanto à atuação contrária ao direito.

Quanto ao direito à liberdade de expressão, a eficácia dos direitos fundamentais não se limita ao provimento estatal. Impõe-se a toda a sociedade, não persistindo o agir isolado ou privado pela só circunstância de não ser estatal. O poder individual – que existe na sociedade – não pode se substituir ao poder estatal, nem se imuniza das obrigações relativas aos direitos fundamentais. Do mesmo modo, não por ser um síndico de condomínio o autor de conduta discriminatória, o preconceito e a desigualdade podem ser mais toleradas que o agir do Estado ao distinguir sem base de legitimidade entre iguais.

37. Em *Estudo especial sobre o direito de acesso à informação,* a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da OEA (2007) reitera não ser absoluto o direito de acesso à informação. Ele pode ser submetido a regime de restrição, entendida como "*a conduta definida legalmente como geradora de responsabilidade pelo abuso da liberdade de expressão*" (Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, *Estudo especial sobre o direito de acesso à informação*, 2007, p. 47).

Esse estudo reconhece a possibilidade de limitações ao exercício do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação pautadas na proteção dos direitos ou reputação de outras pessoas, da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e moral públicas.

Admitem-se tais limitações previamente estabelecidas em lei, sendo necessário harmonizarem-se com os princípios que regem a sociedade democrática. Ademais, qualquer limitação ao exercício dos direitos fundamentais deve conduzir-se pela conclusão de serem os danos produzidos maiores que aqueles causados ao interesse público se a informação fosse retida.

Na Organização dos Estados Americanos (OEA), o direito assegurado no art. 13 da Convenção Americana expôs-se de forma expressa na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, elaborada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, destacando-se:

> *"5. A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão.* [...]
>
> *7. Condicionamentos prévios, tais como de veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte dos Estados, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão reconhecido nos instrumentos internacionais."*

38. Essas normas são interpretadas de modo a assegurar, sempre, as liberdades e o exercício pleno de direitos pelas pessoas, não se reconhecendo legítimo, por tribunais nacionais ou internacionais, medida que tenda a eliminar ou elidir direitos fundamentais.

Exemplo de interpretação e aplicação daqueles princípios teve-se no julgamento do caso Olmedo Bustos e outros *versus* Chile (2001). O caso refere-se à proibição de exibição do filme *A Última Tentação de Cristo* com base no art. 19, inc. 12 da Constituição chilena, que permitia, então, censura prévia. O texto foi, posteriormente, alterado.

A proibição, determinada pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile fundou-se no Decreto Lei nº 679 de 1974, que permitia a qualificação dos filmes. Contra a proibição, a empresa *United International Pictures Ltda* peticionou ao Conselho de Qualificação, o que

levou o órgão a permitir a exibição do filme com classificação para maiores de 18 anos.

Entretanto, cidadãos chilenos recorreram à Corte de Apelação de Santiago alegando-se representantes de Jesus Cristo, da Igreja Católica e atuando em sua condição de cidadãos contrários ao filme.

A Corte sentenciou sem efeito a resolução administrativa determinante da classificação para maiores de 18 anos do Conselho de Qualificação, mantendo a proibição da obra cinematográfica.

O caso foi levado ao sistema interamericano de direitos humanos, sendo submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu, em 1999, submeter a lide à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte julgou ter o Estado chileno violado o art. 13 da Convenção Americana. Nos fundamentos de sua decisão, o tribunal considerou comprovada a ocorrência de censura prévia a proibir a exibição do filme, violando o direito à liberdade de expressão e o direito à informação dos cidadãos chilenos que peticionaram no sistema interamericano.

No julgamento, a Corte Interamericana vale-se de fundamentos aproveitados em caso *Handyside,* julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1976 para demonstrar a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática informada e livre.

O artigo 10.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos é válido não apenas para informações ou ideias favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração da população. Nos fundamentos da decisão a referência aos princípios do pluralismo, da tolerância, sem o que não prospera uma 'sociedade

democrática'. Toda formalidade, condição, restrição ou punição imposta na matéria deve ser proporcional ao fim legítimo buscado (Corte Europeia de Direitos Humanos - *Caso Handyside*, 1976, parágrafo 49).

No caso Olmedo Bustos *versus* Chile, a decisão da Corte Interamericana considerou conteúdo do direito à liberdade de expressão e de pensamento por ser formado tanto pelo direito de expressar o próprio pensamento (dimensão individual), quanto pelo direito de buscar, receber e difundir informações sobre qualquer matéria (dimensão social). Afirmou-se ser fundamental a garantia das duas dimensões para a efetivação do direito à liberdade de expressão consagrado no art. 13 da Convenção Americana:

> *"Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão – 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas."*.

Este Supremo Tribunal pronunciou-se em mais de uma ocasião no sentido de renegar qualquer forma de censura imposta à liberdade de expressão, assegurando a ampla possibilidade de manifestação até mesmo sobre temas polêmicos, mas sobre os quais não se há de impedir a livre exposição do pensamento:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei*

> *8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente*" (ADI 869/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 4.6.2004).

Direito à informação: liberdade/dever de informar e direito de se informar

39. Para o deslinde da questão posta a exame na presente ação, não se pode deixar de enfatizar o direito à informação, constitucionalmente assegurada como fundamental, e que se refere à proteção a se obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos, de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos.

No inc. XIV do art. 5º da Constituição do Brasil se estabelece:

> *"Art. 5º. ...*
>
> *XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"*

Assim disposto, o direito constitucionalmente garantido contempla a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos

cidadãos que haverá de livremente poder receber dados sobre assuntos que sejam de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais que possam interferir na sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a seu leque de cogitações legítimas.

40. O direito de ser informado concerne àquele que recebe o teor da comunicação, tornando-se ator no processo de liberdade crítica e responsável pelas suas opiniões e, a partir delas, de suas ações. Liberdade desinformada é algema mental transparente, porém tão limitadora quanto os grilhões materiais. A corrente da desinformação não é visível, mas é sensível na cidadania ativa e participativa. Afinal, como em Brecht, o pior analfabeto é o analfabeto político. O direito de ser informado é a garantia da superação do analfabetismo político.

O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão. Coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões.

O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende, pois, a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos, formulações, sendo todos e cada um responsável pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem.

Enfatiza José Afonso da Silva que

> *"... Freitas Nobre já dissera que "a relatividade de conceitos sobre o direito à informação exige uma referência aos regimes políticos, mas, sempre, com a convicção de que este direito não é um direito pessoal, nem simplesmente um direito profissional, mas um direito coletivo".'" Isso porque se trata de um direito coletivo da informação, ou direito da coletividade à informação." O direito de informar, como*

> *aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. Albino Greco notou essa transformação: "Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da Idade Moderna e se concretizou - essencialmente - num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação ... A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação social (arts. 220-224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara "assegurado a todos o acesso à informação''. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, idéias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixa de ser mera função individual para tomar-se função social"* (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 110-111).

A expressão livre forma e informa o outro e torna o pensamento, a produção intelectual, artística, científica e de comunicação fonte de conhecimento e de novas ideias e ações. Nem por isso se dispensa a ela natureza tão absoluta que possa, provocado dano a alguém, tornar imune o autor da lesão ao argumento de exercitar direito próprio.

Responsabilidade constitucional pela informação

41. Democracia é modelo de convivência social na qual se respeitam direitos e liberdades, cada um respondendo – sendo responsável – pelo

que exorbitar do que posto no sistema jurídico.

Não há democracia sem responsabilidade pública e cidadã. Ausência de responsabilidade não prospera sequer na acracia. Nem a ausência de governo pode ser confundida com desgoverno.

Na fórmula agora remota, mas sempre atual de San Tiago Dantas,

> *"em toda relação jurídica existem dois elementos que se contrapõem: o direito e o dever. Conforme a natureza da relação jurídica, muda consideravelmente a natureza deste dever. Em alguns casos é um dever de fazer alguma coisa, e em outros casos o dever de abster-se; em outros casos o dever de tolerar. Sabe-se que essas variações do dever jurídico correspondem a outas tantas variações do direito que pode ser absoluto ou relativo, patrimonial e não patrimonial, real e pessoal. ... onde há uma relação jurídica, há um dever. Por conseguinte, está implicado em vários deveres jurídicos, que correspondem às várias relações em que se é parte"* (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, I, p. 345).

O dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro.

42. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro.

A informação, a exposição, a divulgação de dado pode gerar dano como qualquer outro agir humano. Inúmeras vezes este Supremo Tribunal debruçou-se sobre este tema e concluiu, na esteira de normas constitucionais e legais que a responsabilização compõe o sistema de liberdades (por exemplo: ADPF n. 130, Relator o Ministro Ayres Britto,

Plenário, DJ 13.11.2009; AI n. 595.395/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 3.8.2007; Rcl n. 9.428/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 25.6.2010; ADI n. 4.451-MC-REF/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.8.2012; RE n. 511.961/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009).

43. Tem-se no inc. V do art. 5º da Constituição do Brasil:

> *"Art. 5º. ...*
> *V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;".*

44. A responsabilidade civil, administrativa, contratual ou extracontratual muito evoluiu na ordenação do direito. No Brasil, a Constituição elevou a matéria à categoria de elemento fundamental de equilíbrio sistêmico, garantindo a mais ampla liberdade e fazendo a ela corresponder igual responsabilidade.

Mas manteve-se como cuidado do direito civil na esteira dos preceitos constitucionais, em especial no que se refere à relação entre particulares e suas consequências.

Nesta matéria, Maria Helena Diniz destaca poder aquele que se sente lesado pela ação de outrem

> *"pleitear a reparação pelo dano moral e patrimonial (Súmula 37 do STJ) provocado por violação à sua imagem-retrato ou imagem-atributo e pela divulgação não autorizada de escritos ou de declarações feitas. Se a vítima vier a falecer ou for declarada ausente, serão partes legítimas para requerer a tutela ao direito à imagem, na qualidade de lesados indiretos, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes e também, no nosso entender, o convivente, visto ter interesse próprio, vinculado a dano patrimonial ou moral causado a bem jurídico alheio. Este parágrafo único do art. 20 seria supérfluo ante o disposto no art. 12, parágrafo único"* (DINIZ, Maria Helena. Art. 20. In: FIUZA,

> Ricardo (Coord*.). Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.30).

Para aquela autora,

> *"o uso de um direito poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a "ilicitude", ou melhor, a antijuridicidade sui generis no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. Pelo Enunciado n. 37 do Conselho da Justiça Federal (aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002): "A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico"* (DINIZ, Maria Helena. Art. 20. In: FIUZA, Ricardo (Coord*.). Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169).

45. A responsabilidade constitucionalmente estabelecida – corolário do Estado Democrático de Direito, no qual direitos e responsabilidades compõem-se para a convivência harmoniosa na polis – não se afasta por ser o autor da ação danosa titular dos direitos fundamentais, no exercício dos quais terá exorbitado a intervir na esfera de direitos de outrem e que têm igual natureza e idêntico resguardo.

Na gênese dos direitos humanos, Norberto Bobbio situa os códigos morais como as primeiras composições de comandos imperativos, a corporificarem não direitos propriamente, mas *"código de deveres (ou de obrigações)"* igualmente ínsitos à condição humana, iniciando-se pelos Dez Mandamentos adotados na Antiguidade, e durante séculos obedecidos como código moral de tantas nações, especialmente as europeias, chegando a serem interpretados como lei natural, lei conforme a natureza do homem.

Conclui o autor:

> *"poderíamos apresentar inúmeros outros exemplos, do Código de Hamurabi às Leis das XII Tábuas. Naturalmente, dever e direito são termos correlatos, como pai e filho (...) mas tal como o pai vem antes do filho, da mesma forma a obrigação sempre veio antes do direito. (...) Para que pudesse acontecer a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, foi preciso que a moeda se invertesse: que o problema começasse a ser observado não mais apenas do ponto de vista da sociedade, mas também do ponto de vista do indivíduo"* (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. p. 476, 477).

Anota Ingo Sarlet que,

> "e*m sentido amplo, a previsão, no art. 5º, V, da CF, juntamente com o direito de resposta, de um direito à "indenização por dano material, moral ou à imagem" opera como um limite à liberdade de expressão, embora não impeça o seu exercício. Afixação, na esfera de demandas judiciais, de valores altos a título de indenização, poderá não apenas inibir a liberdade ele expressão como mesmo levar, em situaçõe - limite, à sua inviabilidade, de tal sorte que também nessa esfera há que respeitar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. O direito a indenização, neste contexto, há de reconhecido com prudência, sob pena de — apesar de posterior à veicula ção do discurso ofensivo — se transformar em limitação ilegítima da liberdade de expressão.*
>
> *Quanto aos seus titulares, cuida-se de direito cuja titularidade é universal (direito de todos e de qualquer um), sendo mesmo deferido às pessoas jurídicas, quando violados sua imagem e bom nome comercial, ou mesmo a sua honra objetiva, tal como amplamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. No que diz com seus destinatários direito fundamental e autônomo à indenização pelos abusos no exercício da liberdade de expressão é, em geral, oponível diretamente nas relações privadas, inclusive por se tratar de direito consagrado em norma diretamente aplicável e que independe de*

regulamentação legal para a sua incidência nos casos concretos. Nesse sentido, o STF já havia reconhecido a não recepção da limitação estabelecida na Lei de Imprensa (que também acabou sendo considerada como não recepcionada em face da Constituição Federal pelo STF em julgamento posterior, na ADPF 130, já referida) quanto ao montante da indenização do dano moral. Por outro, o STF tem adotado postura cautelosa no que diz com o reconhecimento de um direito a indenização, valorizando a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, mormente no caso da liberdade de informação nos meios de comunicação social.

Importa destacar, dada a relevância do tópico, na esteira do que se sustenta Daniel Sarmento, que a responsabilidade pelo exercício da liberdade de expressão (ainda mais no âmbito da liberdade de comunicação e de informação jornalística) há de ser uma responsabilidade subjetiva, focada na análise sobre a existência de dolo ou culpa na ação do agente causador do dano, o que, por sua vez, implica a consideração de diversos fatores, tais como a posição da vítima, (por exemplo, se é ou não uma personalidade pública, hipótese em que só ensejará responsabilidade a culpa grave), a intenção e a negligência empregadas por quem apurou os fatos, quando o caso envolver a divulgação de notícias inverídicas, a existência de algum interesse social na questão, quando a hipótese resvalar no direito de privacidade, bem como a intensidade da lesão aos direitos fundamentais do ofendido.

Limitações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal: a liberdade de expressão e a proteção de direitos e bens jurídicos fundamentais conflitantes.

Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa, (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Contudo, a controvérsia a respeito de quais são tais limites e de como e em que medida se pode intervir na liberdade de

> *expressão segue intensa e representa um dos maiores desafios, especialmente para o legislador, mas também para os órgãos do Poder Judiciário, a quem compete, no caso concreto e mesmo na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, decidir a respeito*" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais em espécie*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 466-467).

46.Não há espaço permitido no direito para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a esfera de direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio.

A fonte normativo-constitucional abrange a atuação estatal ou particular, apenas se resguardando que, em nome da responsabilidade, não se esvazie a liberdade do autor do comportamento lesivo, nem se cancele o que o direito construiu, impôs e garantiu.

Mas como concluiu este Supremo Tribunal, o exercício do direito às liberdades não se concilia com restrições ao direito de informar, menos ainda com a sua eliminação. O que se há de reivindicar sempre é a responsabilidade democrática, que se impõe como princípio de cumprimento igualmente garantido:

> *"EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E*

> *DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. (…) RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS.(...). EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO"* (ADPF 130/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 6.11.2009, grifos nossos).

Direito à intimidade e à privacidade

47. No inc. X do art. 5º da Constituição da República se dispõe:

> *"Art. 5º ....*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".*

As dimensões da vida tida por invioláveis neste preceito são encarecidas exatamente por se considerar que podem ocorrer, nas circunstâncias da convivência social, ofensas ou violações a estes direitos. A inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem constitui direito. Sua violação acarreta a forma de apenação do autor da lesão, qual seja, a indenização pelo dano material ou moral.

48. No sistema constitucional brasileiro, intimidade é distinta da privacidade. Aponta José Afonso da Silva que

> *"o dispositivo põe logo uma questão: a intimidade foi*

> *considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. ... Toma-se, pois, a privacidade como 'o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controlo, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito'. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, ´abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo"* (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100).

O celebrado conceito de Brandeis – *right to be alone* – vem sendo revisto nos tempos em que à invasão de privacidade se relaciona a evasão de privacidade. Há os que buscam o direito de se manterem em sossego e no controle das informações a seu respeito; e há os que buscam se mostrarem e difundirem, incessantemente, o descontrole e a divulgação exibida das informações a seu respeito. A proteção de escolha de vida contra o controle ou o descontrole de dados publicizados independente da escolha autônoma do interessado conforma o conceito apreendido em sua dicção constitucional.

Etimologicamente, intimidade vem de timo – a denominada glândula situada na altura do coração e que identificaria a essência ou vocação da pessoa. De timo vem a palavra que marca o que sendo tão próprio e único somente a ele pertenceria. Pelo que não haveria como deixar de reconhecê-la como dimensão da vida resguardada na dignidade pessoal e indevassável pela ação de outro, inviolável em sua projeção além da vontade do sujeito.

A privacidade contrapõe-se à publicidade, quer-se dizer, o que não se dá a público, por escolha de espaço próprio do controle das informações e dados sobre a vida da pessoa.

Mas estes conceitos não são unanimemente aceitos, continuando controversa, na doutrina, a sua significação. É o que anota, por exemplo, Agostini:

> *"Ao analisar a origem filológica de intimidade se verifica que íntimo procede de intimus, que, por sua vez, é uma variação filológica de intimus, a forma superlativa do advérbio intus, que quer dizer, dentro. íntimo seria, nesses termos, aquilo que estaria o mais dentro possível. (...)Definir positivamente vida privada é extremamente difícil. Se a delimitação de sentido dos espaços público e privado já se mostrava bastante diluída e de difícil compreensão na passagem da Idade Média e no início da Era Moderna, ela complica-se ainda mais com o surgimento de uma nova esfera de desenvolvimento das atividades humanas: a esfera social. Como informa Hannah Arendt a passagem da sociedade do sombrio interior do lar, para a luz da esfera pública, não apenas diluiu a antiga fronteira entre privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos ao ponto de torna-los quase irreconhecíveis. (...) Desde o advento da sociedade, desde a admissão das atividades caseiras e da economia doméstica à esfera pública, a nova esfera, a esfera social, tem-se caracterizado principalmente por uma irresistível tendência e necessidade de crescer, de devorar as esferas mais antigas do político e do privado e, mais recentemente, da intimidade. Nerione Cardoso acrescenta que: 'a ascendência social, ou da sociedade, numa acepção heterodoxa do termo, constitui-se na elevação dos negócios econômicos do lar doméstico ao nível da esfera pública, isto é, as questões de subsistência ganharam importância pública, o que dilui a antiga divisão entre o público e o privado e alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, a ponto de torna-los quase irreconhecível. (...) Dessa forma a privacidade [na era moderna] passou a ser vista como uma resposta à emergência do social. Ela surgiu como a reação ao conformismo nivelador da sociedade que exigia que seus membros se comportassem como se fossem membros de uma grande família, com uma só opinião e um só único interesse. Este conformismo nivelador afetava a própria possibilidade da vida contemplativa (Hannah Arendt), pois o parar*

para pensar o significado das coisas, através do diálogo eu consigo mesmo, exige um provisório desligamento e afastamento do mundo exterior o que não era possível com a pressão externa social exercida sobre o indivíduo. Era necessário então proteger um espaço exclusivo de vivência para o indivíduo no qual este pudesse desenvolver todos os seus valores mais essenciais. Defendeu-se então a necessidade de proteger-se esse espaço próprio do indivíduo denominado privacidade. O princípio informador da privacidade seria o princípio da exclusividade. (...) Esse princípio visaria assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Esse princípio vai reger tanto a vida privada quanto a intimidade. (...)Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe então um conjunto de situações que, usualmente, são informadas se constrangimento. São informações que, embora privativas – como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privada (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc) estão sob proteção" (AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A Intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana.* Porto Alegre: Nuria Fabris. 2011. p. 107-126).

49. A privacidade foi conquista, não tendo sido sempre considerada direito, menos ainda qualificada como fundamental. No Brasil, as senzalas testemunham a ausência de privacidade, luxo conhecido pelos moradores da casa grande.

Para alguns, as origens da intimidade como direito estariam em seu primeiro defensor no Estado moderno, Jean-Jacques Rousseau:

> *"Um dos maiores expoentes desse movimento foi Jean-Jacques Rousseau, considerado por muitos como precursor da defesa da intimidade. Hanna Arendt e Celso Lafer identificam Rousseau como o primeiro defensor da intimidade (ARENDT, Hannah. A condição humana, p. 48; LAFER, Celso, A reconstrução dos direitos humanos, p. 266). Por outro lado Pérez-Luño indica que na Espanha Truyol y Serra e Ramón Villanueva Etcheverría defendem que raízes anteriores da intimidade seriam encontradas nos escritos de Santo Agostinho motivo pelo qual tais autores identificam Santo Agostinho como sendo o primeiro ocidental a conhecer e defender a intimidade (PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitucion, p. 321). Também atribui a Santo Agostinho a origem da defesa da intimidade Norberto González Gaitano e seu livro El deber de respeto a la intimidad, pp. 39-40)"* (AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A Intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana.* Porto Alegre: Nuria Fabris. 2011. p. 95).

A positivação da intimidade como direito é identificada por alguns autores como decorrência do movimento literário romântico do século XVIII, com a revalorização do sentimento em resposta ao excesso do racionalismo iluminista. É de Agostini o resumo histórico deste encaminhamento conceitual e posteriormente positivação como direito autônomo e, agora, de sede constitucional:

> *"A modernidade, reconhecem os mais diversos autores, apresenta um solo fértil para germinação da semente de defesa da intimidade. É ali, naquele período, que um grupo de pessoas cria movimento*

artístico-literário (o romantismo) visando, dentre outros pontos, reservar um espaço de subjetivismo ao indivíduo. Com isso, objetiva-se resguardar o indivíduo de ingerências externas, no intuito de propiciar reflexão e o crescimento individual. Desenvolve-se assim um embrião da proteção da intimidade.

O embrião nasceu, mas pouco se desenvolveu. Apesar dos esforços dos idealizadores e simpatizantes do romantismo, a intimidade não logrou alcançar um lugar de maior destaque nas ordens jurídicas daquela época, uma vez que as pressões sociais não eram ainda tão grandes e ameaçadoras como as que atualmente se experimentam, além do que, a intimidade era vista muito mais como privilégio, do que, propriamente, direito.

A preocupação com a intimidade jaz adormecida até meados do século XIX quando volta a rondar a menta dos juristas. Para isso, vários fatores contribuíram. Até fins do século XIX as sociedades poderiam ser consideradas como sociedades predominantemente agrárias. (...) No entanto, no fim do século XIX e início do século XX (...) várias famílias saem do espaço rural migrando para os espaços urbanos. Isso provoca um inchaço das cidades o que instaura, nos dizeres de Nelson Saldanha, uma primeira crise na forma de convivência entre os indivíduos, a crise de 'saturação' das estruturas e dos resultados da própria vida urbana. (...) Com a falência do Estado liberal e a sua substituição pelo Estado social, cresce a intromissão do Estado no espaço que antes era privado e exclusivo do indivíduo. Ressurge o aforismo jurídico romano de que o público deve primar sobre o privado, acentuando-se, com isso, a intromissão do Estado das relações privadas. Sente-se, daí, forte ascendência da esfera pública sobre a esfera privada. O aumento da máquina pública provoca também o aumento do interesse das populações por informações sobre o exercício desse mesmo poder público. Mas não só informações sobre o exercício do poder político passam a ser objeto de interesse das populações urbanas. Também aumenta o interesse dos indivíduos sobre o que ocorre na sua comunidade. Essa curiosidade fomenta o desenvolvimento de novos meios de comunicação social. Esses novos meios de comunicação social surgem e propagam-se com rapidez, sem que o sistema jurídico tenha competência para regular-lhes. Diante da

ausência de uma sólida regulamentação e, da avidez da notícia, muitos veículos passam a se intrometer cada vez mais nos espaços privados do cidadão, com a escusa de que a intimidade dos indivíduos poderia ser ofendida em nome do 'interesse público'.

Juntando então todos esses ingredientes (revolução urbana; advento do Estado social; primazia do público sobre o privado; fomentação da criação de diversos veículos de comunicação), se constata, facilmente, que a intimidade passou a ser fortemente ameaçada. (...) As duas grandes guerras mundiais do século XX não forma só palco de atrocidades cometidas contra os indivíduos. Elas foram a justificativa perfeita para que o homem acelerasse o desenvolvimento de novas tecnologias. A medida que a guerra avançava, os exércitos cada vez mais exigiam de seus corpos de inteligência o desenvolvimento de armas que pudessem ajudar a combater os inimigos. Nesse sentido, surgem lentes e microfones de alto alcance, binóculos com visão noturna, interne, além de vários outros incrementos tecnológicos que até então se mostravam inimagináveis.(...) E isso provoca grandes tensões sociais na media em que tais instrumentos facilitam a bisbilhotice, o enxerimento, a invasão da esfera privada do cidadão. (...) Autores afirmam que a técnica trouxe consigo uma própria barbárie, uma barbárie que ignora as realidades afetivas propriamente humanas. Nesse sentido, o cidadão da sociedade tecnologicamente avançada passa a se sentir arrepiado e atemorizado porque presume que as conquistas do progresso se veem contrapostas por graves ameaças à sua liberdade, sua identidade ou, quem sabe, à sua própria sobrevivência" (AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A Intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2011. p. 97-99).

J.J. Canotilho e Vital Moreira sustentam que

"o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Alguns outros

> *direitos fundamentais funcionam como garantias deste: é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, da proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada. Instrumentos jurídicos privilegiados de garantia deste direito são igualmente o sigilo profissional e o dever de reserva das caras confidenciais e demais papéis pessoais"* (CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* vol. I. 4. ed. Coimbra editora: Coimbra, 2007. p. 467-468).

Igual dificuldade é apontada, por exemplo, por Sílvio Romero Beltrão:

> *"Dentro da categoria individual, Hubmann propõe uma subdivisão daquilo que integra a individualidade da pessoa, apresentando três esferas desta individualidade: a individual, a privada e a secreta. O círculo externo seria abrangido pela esfera individual, que define o homem socialmente, com sua unicidade e no seu modo de ser próprio, nomeadamente a identificação pessoal, o nome, a imagem, a honra, a palavra escrita e falada. A esfera privada, também denominada esfera da confiança, seria aquela em que somente poucas pessoas estariam autorizadas a participar, geralmente representadas por laços de parentesco ou amizade; na esfera privada, a pessoa salvaguardaria os seus aspectos íntimos e privados do conhecimento público, embora possam ser conhecidos por um número limitado de pessoas. No menor dos círculos estaria a esfera secreta, com o objetivo especial de preservar a mais íntima camada do indivíduo, garantida pela reserva mental de cada pessoa. Segundo Hubmann, abarcaria ações, expressões e pensamentos de que ninguém deve tomar conhecimento, a não ser, quando muito, de um círculo mais limitado de parentes, e relativamente aos quais persiste um interesse de guardar segredo"* (BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 145).

50. Tradicionalmente, no direito brasileiro a matéria relativa à tutela da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa foi deixada ao cuidado da legislação infraconstitucional. O

direito civil e o direito penal, ramos tradicionais do direito, contemplaram sempre forma de reparação do ilícito civil ou penal pelo dano causado pela violação àqueles direitos.

Todavia, ainda que implícito nas Constituições anteriores, a sua tutela foi relegada ao ordenamento infraconstitucional, pela tipificação dos crimes contra a honra, constantes do Código Penal Brasileiro de 1940, em seu capítulo V, artigos 138 a 145 e, posteriormente, pelo direito privado, como espécie de direito de personalidade.

A constitucionalização expressa da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem é recente. Por isso ainda a pendência de dificuldades apontadas em sua aceitação como direitos fundamentais opostos não apenas ao agir estatal, mas por igual em relação aos particulares.

51. Foi preciso conquistar o reconhecimento de constituir direito fundamental de cada pessoa o direito de ser igual a todos os outros no que diz com a dignidade, que está na essência da nossa humanidade; e o direito diferente de todos os outros no que diz com a nossa singularidade, que está na essência da nossa identidade humana única e insubstituível.

O acúmulo de dados e as possibilidades de sua obtenção/divulgação a respeito de todos e de cada pessoa já não parece compatível com aquele direito formulado na frase magnetizada na fala de atriz famosa*: I want to be alone*. Teve êxito. Hoje, a dificuldade em ser deixado em paz no sentido de ser respeitado em seu desejo de ficar só com os seus dados, controlando o que quer, pretende e aceita seja posto a pública, ou, na fórmula camoniana, ser deixada posta em sossego, esbarra na quase ganância pelos dados que circulam, como fatos, fotos, versões e até inversões sem controle.

Anota Stefano Rodotà que no atual quadro global,

> *"indicando os riscos ligados à difusão dos computadores e*

> *tentando elaborar estratégias de defesa capazes somente de afastar os temores de uma iminente chegada do 1984 de Orwell ou do Brave New World por Aldous Huxley. ... seguindo essa estrada, logo percebemos a inadequação das tradicionais definições jurídico-institucionais diante dos novos problemas impostos pela realidade dos sistemas informativos atuais. .... Se este é o quadro global a ser observado, não é mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre ´recolhimento´ e ´divulgação´, entre a ´casa-fortaleza´, que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a ´casa-vitrine´, que privilegia as trocas sociais e assim por diante"* (RODOTÀ, Stefano. A *vida na sociedade da vigilância.* Rio de Janeiro: Renovar, p. 25).

52. Como quer se considerem e conceituem intimidade e privacidade, duas observações se impõem para os fins de interpretação das normas civis questionadas e sua compatibilidade com estes direitos constitucionalmente assegurados.

A primeira refere-se à circunstância constitucional de se distinguirem elas para os fins de definição do seu conteúdo na forma protegida no sistema jurídico fundamental brasileiro e de sua eficácia social.

A segunda respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se segundo escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que *a)* componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, elas mesmas sujeitas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; *b)* promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a

função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; *c)* extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido.

Em qualquer destas hipóteses, a pessoa sujeita-se – quando não busca – conhecimento e reconhecimento público, não se podendo negar a tolerar, quando não quiser, que este mesmo público busque, por igual, dele conhecer. Não se há de pretender, assim, contar o mesmo espaço de indevassabilidade que fixa os lindes da privacidade com que conta alguém que nada quer ou pretende ou se extrai do público em sua condução de vida.

A inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa tem na Constituição a resposta ao caso de desobediência a essa regra. E assim é por se saber que o homem descumpre normas. E disso se sabe. Daí os contratos de confidencialidade que se tornaram comuns e que buscam assegurar que aqueles que convivem proximamente sejam obrigados a fazer silêncio do que virem e ouvirem do outro ou no espaço do outro.

Nem assim se supera a curiosidade que permite a vivência com o outro. Basta ler Gay Talese. Aprende-se que há como se contornar a proibição, seja ela de qualquer natureza ou vigor.

53. Por isso também os textos normativos insistem em aceitar restrições, mas por prever também as formas de se reparar eventuais abusos. Por exemplo a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão preceitua, nos itens 10 e 11:

> *"10. As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos*

> *casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.*
>
> *11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação".*

No mesmo sentido, por exemplo, a Lei brasileira n. 8730, de 1993, estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de se dar a público com o que conta e como vive ou pode viver o agente público, obrigação que vem repetida, como norma de conduta ética obrigatória no art. 4º do Código de Conduta da Alta Administração Pública do País.

Na tentativa de aperfeiçoar os mecanismos para garantia do direito à informação sobre a condição e a condução dos agentes públicos em seu desempenho público e particular, que pode gerar não confiança do cidadão, formulou-se a Lei n. 12.527, de 2011, para garantir a transparência dos dados pessoais – normalmente, mas não somente - dos agentes públicos, prevendo-se em seu art. 3º:

> *"Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:*
>
> *I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;*
>
> *II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;*

> *III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;*
> *IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;*
> *V - desenvolvimento do controle social da administração pública".*

Buscou-se neste Supremo Tribunal o impedimento de divulgação ampla de dados sobre ganhos de servidores públicos, o que foi negado ao argumento de que os bens que compõem o acervo recebido pelo agente público interessa aos cidadãos, não havendo motivo para não se dar à sociedade a informação por ela reclamada:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA, AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais. II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal. III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência. IV – Agravo regimental a que se nega provimento"* (RE n. 766.390-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 15.8.2014).

Mas não apenas no que se refere àqueles que ocupam cargos públicos se tem a atração do olhar dos outros. Cá como em outros lugares, o afã de se dizer e saber do outro não é desconhecido.

Sempre lembrado é o *affaire* Balzac, tentativa da viúva daquele escritor francês, em recurso à Justiça contra Alexandre Dumas (pai) por projetar erigir uma estátua em homenagem àquele autor. O Tribunal francês concluiu que homenagem prestada a pessoa notória independe de autorização da família.

Mais recente, ganhou espaço público o caso levado a tribunais pela princesa Caroline de Mônaco.

Em dois processos a Princesa de Mônaco Caroline von Hanover buscou afastar divulgação sobre eventos publicados sobre seus atos.

No caso Von Hanover versus Germany, de 2004, na Corte Europeia de Direitos Humanos, a interessada alegou violação a sua privacidade (art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos) pela divulgação de fotos suas, em atividades cotidianas, com seus filhos, fazendo-se acompanhar por um ator ou sozinha. A Corte concluiu que as fotos referiam-se a situações particulares da vida de uma mulher, que em nada interferiam ou contribuíam para debate de interesse público, critério então definido como decisivo a ser adotado para o balizamento entre o resguardo da privacidade assegurado pelo direito e a liberdade de expressão e comunicação, também reconhecido como direito fundamental.

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou outro caso apresentado pela mesma Autora, Caroline Von Hanover, princesa de Mônaco. Neste processo, atuou também como Autor Ernst August Von Hanover. A alegação era transgressão ao mesmo dispositivo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o objeto da inobservância da

norma era provada pela divulgação de fotos com artigos descrevendo situações que diriam respeito à sua vida privada.

Diferente da conclusão antes adotada a Corte concluiu, neste processo, inexistir a alegada violação: a matéria tratava da doença do Príncipe Rainier, pai da princesa, e relatava-se o que teria sido ausência da devida assistência a ele dada pela filha. Considerando a função das pessoas noticiadas, a natureza de suas atividades e os fins de elucidação das relações entre as figuras que compõem os cargos da monarquia monegasca, a Corte concluiu que o público não tinha porque não ter ciência do que se passava e concluiu inexistente o direito que se pretendia estar sendo violado.

Foram critérios adotados pela Corte Europeia, neste segundo processo, a natureza da função exercida pela pessoa retratada; a natureza da atividade por ela exercida; a sua conduta anterior em relação às fotos obtidas; o conteúdo e a forma de se dar a público o que retratado; as circunstâncias em que as fotos foram tiradas. Para aquela Corte os critérios definidores da decisão fizeram pender a balança no sentido da garantia do direito à informação, no direito/dever de informar e na garantia de ser informado.

Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitam sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que este deve dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz entre sobre todos os setores de sua vida. Primeiro, porque há sempre um espaço de indevassabilidade e segredo que compõe o íntimo de uma pessoa e que é de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece não há de pretender esquivar-se deste mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse um mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou e fez-se notório.

A notoriedade tem preço: ele é fixado pela extensão da fama. E essa é quase sempre buscada. E quando não é, mas ainda assim é obtida, cobra pedágio: é o bilhete do reconhecimento público que se traduz em exposição do espaço particular, no qual querem adentrar todos.

54. A proteção à honra e à imagem da pessoa fez-se objeto de preocupação dos legisladores desde muito.

Honra, ensina Nelson Hungria, dentre outros, há de ser entendida como

> *"o bem material ... entendida esta, quer como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo c do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à idenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral. Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (isto é, como condição do indivíduo que faz jus à consideração do circulo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranqüila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade. Como diz CATHBEIN, "a boa reputação ó necessária "ao homem, constituindo o indispensável pressuposto ou "base, por assim dizer, de sua posição e eficiência social. " Os homens de bem somente se acercam daqueles que gozam " de boa fama. Se alguém adquire má fama, dele se afastam os conhecidos e amigos, e não mais é tolerado nas boas "rodas. Estará êle privado da confiança e prestígio com que " a sociedade resguarda os homens de bem. Sem boa reputação, além disso, é impossível alcançar ou exercer com " êxito postos de relevo, influência ou responsabilidade, porque os mal-afamados não merecem confiança"* (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, v. VI, p. 39).

Aquele mesmo autor adverte a permanente preocupação e o cuidado do direito com a honra protegida pelo Estado desde a Antiguidade:

> *"Entre todos os povos e em todos os tempos, depara-se a noção da honra como um interesse ou direito penalmente tutelável. Já nas leis de Manu eram objeto de punições as imputações difamatórias e as expressões injuriosas. Na Grécia, os crimes contra a honra eram previstos na legislação de SOLON. Em Roma, desde a mais remota época, eram punidas as ofensas ao* illesae ãignatatis status, moribus ac legibus comprobatus. *A honra, entre os romanos, era como um direito público dos cidadãos, cujos fatos lesivos desse status* (carmen famosum, contumelia, conviclum, libellus famosus*) eram compreendidos no conceito amplíssimo da injúria: "*Generaliter injuria dicitur, omne quoã non jure fit; specialiter, alias contumelia quae a contemnen*do dieta est, quam Graeci* ébrin *appelant... injuria autem committitur, non solum... sed et st convicium jactam fue-rit;... vel si quis aã infamiam alicufus libeüum aut carmen scripserit, cumposuertt, ediderit"* (Inst., IV, 4, pr., e § 1.°).
>
> *Na Idade Média, o direito canônico ocupava-se das ofensas à honra, notadamente do* pasquttlus*, do* Ubettus famosus e da detractio*, correspondendo esta à moderna difamação ("*âctractio famae alterius -publica seu coram muttis jacta et cum âirecta vel indirecta intentione alterius infamiam in pu-blicum propalandi*"). Os práticos, reproduzindo o conceito romanístico da injúria incluíram os crimes contra a honra e boa fama.*
>
> *No direito gerraano-bárbaro, entretanto, já eram tratadas distintamente a lesão à honra, (*laesio famae*) como a lesão corporal* (laesio in corpore*); mas só em época relativamente moderna foi que os crimes contra a honra passaram a constituir uma classe autônoma, perfeitamente escondida pela sua especial objetividade jurídica..."* ((HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, v. VI, p.).

Observa-se já no Código de Hamurabi que "*se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá*

arrastar esse homem perante o juiz e tosquiar-lhe a fronte" (IX – injúria – 127º).

55. Fonte mais recente e que se chegou a aplicar no Brasil foram as Ordenações, nas quais se contém regras que expressam a preocupação com o dizer sobre o outro em assunto não público ou que configurasse inverdade.

Traziam as Ordenações Filipinas, mandada observar em 1603, algumas normas que se observaram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916, e que cuidaram dos segredos, sua ruptura e sobre difamação e injúria e as penas a serem imputados aos que adotavam os comportamentos proibidos:

> *"Título VIII – Dos que abrem as Cartas del Rey, ou da Rainha, ou de outras pessoas.*
>
> *Qualquer, que abrir nossa Carta, assinada per Nós, em que se contenhão cousas de segredo, que specialmente pertenção à guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, minha mulher, ou do Príncipe, meu filho, ou à guarda e defensão de nossos Reinos, e descobrir o segredo dela, do que a nós poderia vir algum prejuízo, ou desserviço, mandamos que morra por isso.*
>
> *... E se as ditas Cartas nos sobreditos casos abrir, e não descobrir os segredos, dellas, se for Scudeiro, ou pessoa de igual, ou maior condição, perca os bens, que tiver, para a Coroa do Reino, e seja degradado para a Africa para sempre; e se tal não for, além do dito degredo, seja publicamente açoutado.*
>
> *E se somente abrir outras nossas Cartas cerradas, que forem assignadas por Nós, em que mandamos dizer algumas cousas que a Nós apraz, ou que pertencem a nosso serviço, que não são taes, como as que acima declaramos, ou abrir Cartas, que para Nós vierem, de qualquer pessoa que sejão, do que lhe aprouver, ou pertencer a nosso serviço, se for Scudeiro, ou de semelhante ou maior condição seja degradado quatro annos para a Africa, e seja riscado de nossos livros, se for nosso morador.*
>
> *E se não for de dita qualidade, seja publicamente açoutado e*

degradado dous annos para a Africa."

Naquele documento se cuidava ainda da descoberta e divulgação de segredos:

> *"Título IX –*
> *Das pessoas do Conselho del-Rey, e desembargadores, que descobrem o segredo.*
> *Toda a pessoa de nosso Conselho, de qualquer stado e condição que seja, que descobrir os segredos, que Nós com ella em Conselho praticarmos e falarmos, em cousas, que specialmente pertenção à guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, ou Príncipe, ou guarda e defensão de nossos Reinos, ou de cousas, de que a eles se possa seguir algum dano, ou a Nós prejuízo, ou desserviço, morra por isso morte natural.*
> *E se o segredo for de outras cousas, que pertenção a nosso serviço, que não são da qualidade das acima ditasl, o que o descobrir, será degradado para Africa até nossa mercê, e ficará infame e privado de mais ser do nosso Conselho."*
> *"Título X –*
> *Do que diz mentira a El-Rey em prejuízo de alguma parte*
> *Mandamos que toda a pessoa, que nos vier dizer mentira, em prejuízo de alguma parte, e sobre o que nos assi disser, não impetrar Alvará nosso, seja degradado dous annos, para Africa, e pague vinte cruzados para a parte, em cujo prejuízo nos assi disse a mentira, e mais ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe mór pena, segundo a qualidade da pessoa, em cujo prejuízo for, e da cousa, que nos assi disse, e assi de julgar à parte sua injúria, se for caso de injúria".*

56. O cuidado do direito com a proteção da honra passou, como antes lembrado, a ser constitucionalmente tratada por respeitar uma dimensão do direito à vida digna da pessoa. Antes o seu tratamento era civil e entendia-se como relação intersubjetiva no plano das relações privadas. É o que mencionada, por exemplo, Marcelo Malizia Cabral:

> *"A honra, entendida como projeção na consciência social do*

> *conjunto de valores pessoais de cada indivíduo, desde os emergentes de sua mera pertença ao gênero humano até aqueloutros que cada indivíduo vai adquirindo através do seu esforço social, encontra-se protegida pela Carta Civil e pelas Constituição portuguesas, ainda que genericamente, em dispositivos próprios, assim como pela ordem jurídica internacional. A honra juscivilisticamente tutelada abrange a projeção do valor da dignidade humana, que é inata, ofertada pela natureza igualmente a todos os seres humanos, insuscetível de ser perdida por qualquer homem em qualquer circunstância.Em sentido amplo, inclui também o bom nome e a reputação, enquanto sínteses do apreço social pelas qualidades determinantes da unicidade da cada indivíduo nos planos moral, intelectual, sexual, familiar, profissional ou político. Engloba, ainda, o simples decoro, como projeção dos valores comportamentais do indivíduo no que se prende ao trato social e o crédito pessoal, como projeção social das aptidões e capacidade econômicas desenvolvidas por cada homem"* (CABRAL, Marcelo Malizia. *A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação.* In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BONATO FRUET, Gustavo (orgs.). *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 118-119).

Por esse conteúdo assim dimensionado é que se põe a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem da pessoa como conteúdos insujeitos à violação de alguém, o que configura agir ilegítimo. Preceitua a Constituição do Brasil, no inc. X do art. 5º, a forma de se reparar dano advindo da transgressão a tal comando porque se reconhece que a violação, vez por outra, ocorre.

Para Ingo Sarlet

> *"A honra de uma pessoa (tal qual protegida como direito fundamental pelo art. 5º, X, da CF) consiste num bem tipicamente imaterial, vinculado à noção de dignidade da pessoa humana, pois diz respeito ao bom nome e à reputação dos indivíduos. A esse propósito convém relembrar, a exemplo do que se deu de modo geral com os direitos de personalidade, que o direito à honra, na condição de direito*

fundamental expressamente positivado, não constituiu, durante muito tempo, figura amplamente representada nos catálogos constitucionais de direitos, o que se deu mesmo no plano internacional, onde, para além da Declaração Universal da ONU (art. 12) e do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o direito à honra nem sempre se faz presente, visto ser comum que os textos constitucionais e documentos internacionais se refiram—quando é o caso—ao direito ao bom nome e/ou à reputação. Também o direito à honra, em função da sua dupla dimensão subjetiva e objetiva, opera tanto como direito de defesa (direito negativo) quanto como direito a prestações (direito positivo), em que pese à prevalência do perfil "negativo'', visto que, em primeira linha, o direito à honra, como direito subjetivo, implica o poder jurídico de se opor a toda e qualquer afetação (intervenção) ilegítima na esfera do bem jurídico protegido. Dito de outro modo cuida-se do direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por terceiros, bem como do direito de defender-se em relação a tais ofensas e obter a competente reparação, que, de acordo com a ordem jurídica brasileira, abrange tanto a reparação na esfera criminal (por conta, em especial, dos delitos de calúnia, injúria e difamação, tipificados no Código Penal), quando em sede cível, de vez que o próprio art. 5º, X, da CF, que assegura o direito à honra, também contempla o direito à indenização pelo dano material e mora decorrente de sua violação. O direito à honra, no quadro dos limites aos direitos fundamentais, também não se reveste de caráter absoluto, mas desempenha papel relevante na condição de limite ao exercício de outros direitos fundamentais, em especial das liberdades de expressão (informação, imprensa, manifestação do pensamento). Embora no plano do direito à honra, diferentemente do que se dá com o direito à privacidade, não se justifique urna proteção em princípio menos intensa do direito à honra na esfera política do que na esfera pessoal, o direito à informação favorece uma interpretação generosa, sempre à luz do caso concreto, em relação à liberdade de expressão" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais em espécie*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2014. p. 436-439).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal contempla multiplicidade de casos nos quais versada esta matéria, como por exemplo:

> *"INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente"* (RE 447.584/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 16.3.2007).

57. Diferente da honra é a imagem, que, para Maria Helena Diniz, traz duplo significado:

> *"A imagem-retrato é a representação física da pessoa como um todo ou em partes separadas do corpo, desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites: etc., que requer autorização do retratado (CF de 1988, art. 5º; X). E a imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa reconhecidos socialmente (CF de 1988, art. 5º, V). Abrange o direito: à própria imagem, ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas, palavras ou escritos ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico. O direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a*

> *intimidade, a identidade, a honra etc. Embora possam estar, em certos casos, tais bens a ele conexos, isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro*" (DINIZ, Maria Helena. Art. 20. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). Op. cit., p. 29).

A imagem recebe tratamento jurídico diferente dos demais itens, por comportar regime diferente, sendo permitida a sua divulgação quando a pessoa tiver notoriedade, o que não constitui, por certo, anulação do direito à intimidade e à privacidade, como mencionado acima, apenas diminui o espaço de indevassabilidade protegida constitucionalmente.

A notoriedade torna a pessoa alvo de interesse público pela sua referenciabilidade, promane ela de destaque no campo intelectual, artístico, moral, científico, desportivo ou político. Quando o ponto de interesse advier ou convier às funções sociais desempenhadas ou delas decorrerem ou para a sua compreensão concorrerem as informações que extrapolem as linhas da quadra de jogo ou desempenho, a busca, produção e divulgação de informações não é ilegítima, nem pode ser cerceada sob o argumento de blindar-se a pessoa com a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

58. Estes são os direitos fundamentais assegurados nos sistemas interno brasileiro e em normas de direito internacional, algumas internalizadas no direito pátrio, que constituem o que, não poucas vezes, têm sido considerados violados – ressalva feita ao direito à liberdade de informação e de ser informado – por pessoas, que se vêm sujeitos de estudos, pesquisas, obras, nas quais suas vidas são relatadas e os escritos produzidos e divulgados, independente de autorização da narrativa e das versões do autor da produção.

E, como exposto na ação, o recolhimento de obras produzidas por decisão judicial que atenda o pleito do sujeito sobre o qual se escreve, de seus familiares, ou se impede sequer a produção da obra biográfica pela ausência de autorização, baseia-se, atualmente, nos arts. 20 e 21 do

Código Civil, transcrevendo-se, mais uma vez, nesta passagem, os seus termos:

> *"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.*
>
> *Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.*
>
> *Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".*

60. O ponto central da discussão posta na presente ação é exatamente como interpretar esses dispositivos de modo a, sem exclusão do seu texto do sistema, por declaração de vício de inconstitucionalidade, torna-lo compatível com os princípios constitucionais, assecuratórios de direitos fundamentais, em caso de biografia produzida sem autorização.

Biografia e liberdades individuais e públicas

61. Em sua obra *O vendedor de passados*, José Eduardo Agualusa dá voz a uma artista brasileira, que cantaria "*Nada passa, nada expira, o passado é um rio que dorme e a memória uma mentira multiforme*".

As pessoas morrem. Mas não passam. Pela sua singularidade, pela sua condição única no mundo, a vida segue como um rio, mas as marcas de sua sequência fazem o traçado do que foi e do que tende a ser. Com o homem é igual. Especialmente alguns vivem para além da sua vida e a amostragem de sua experiência, mesmo quando ainda em plena ebulição, desperta curiosidade. De resto, ninguém se engane. O buraco da

fechadura atrai. Às vezes é mesmo apenas curiosidade malsã. Às vezes é vontade de saber o que há no quarto trancado. Segredo é comichão no olhar. É bem certo que as portas hoje não têm tranca. Mas se selam mais as casas que antes. E há as câmeras que, a propósito de segurança, gravam, mostram e esparram-se em redes que repercutem no mundo em questão de segundos o que se quer e o que não se deseja mostrar. O tempo é outro. Não adianta chorar. Sorria, você está sendo filmado.

62. Não constitui tarefa fácil identificar a natureza da obra biográfica. Menos dificultoso é identificar-se a obra biográfica.

Sobre o primeiro item muito se tem escrito na história e na literatura. De literatura a historiografia, de obra literária a produto investigativo, a biografia é gênero que anda passo a passo com o andar histórico da humanidade.

Para André Maurois não há tipo único de obra biográfica:

> *"... se puden admirar muy sinceramente las cualidades de un tipo de biografia, admitiendo, sin embargo, que existe otro. Leed una página de una biografia victoriana, y leed en seguida uns pagina de Stranchey. Veréis inmeidatamente que tenéis ante vuestros ojos dos tipos diferentes de libros"* (MAUROIS, André – *Aspectos de la biografia.* Ediciones Ercilla: Santiago de Chile, 1935, p. 16).

Para o autor francês, na atualidade, o objeto da biografia é a transmissão verídica de uma personalidade, do que decorre se fincar aí o

> *"doble problema de la biografia ... de un lado, está la verdad; del otro, la personalidad. Y si pensamos en la verdad como en algo que tiene la solidez del granito, y en la personalidad como en algo que tiene la intangibilidad del arco iris; si reflexionamos que el fin de la biografia es el de reunir esos dos aspectos en un todo sin costura visible, admitiremos que el problema es difícil y no nos assombraremos*

> *si, para la mayoria, los biógrafos no tienen éxito en resolverlo. Porque la verdad, de la que habla Sidney, la verdad que pide la biografia, es la verdad bajo su forma más dura, más resistente; es la verdad como se la encuentra en el museo britânico; es la verdad de la que se há expelido todo vapor de falsedad por la presión de la investigación"* (MAUROIS, André – *Aspectos de la biografia.* Ediciones Ercilla: Santiago de Chile, 1935, p. 16).

Edgard Cavalheiro aponta que mesmo em períodos de decréscimo em todos os gêneros literários, não há recuo no interesse pelas biografias. E a literatura como a historiografia tenta mais e mais explicar as razões deste interesse, que ultrapassou o interesse apenas por figuras de destaque e referência até a busca de conhecer e escrever sobre a vida de pessoas comuns para a compreensão da forma de viver em determinado momento e em certa comunidade estudados.

Não há, pois, apenas uma teoria na qual se enquadrar a obra biográfica, nem há apenas uma razão para se chegar à escolha de tal escrita na busca de se passar do particular para o plural e também, não poucas vezes, para se ter da coletividade, que tenha absorvido o jeito e a influência de alguém, para o particular.

63. De Plutarco a Michelet, de Suetônio a Lytton Strachey o gênero literário mudou, passando a dar vida aos biografados em dimensões muito além da roupagem aprontada e empoada, retrato com pose e enquadramento.

O biografado humanizou-se. A vida grafada estendeu-se. O interesse multiplicou-se. E o retrato não foi mais modelo lambe-lambe em praça para a qual se preparou o que se quis. O retratista escarafunchou dentro da casa, da vida, da psique e incomodou.

Nesse momento histórico, em que a grafia da vida não esperou a morte e, mesmo morto, a família passou a questionar o relato, surgiu o

conflito aparente de direitos fundamentais, núcleo da questão aqui posta e para a qual se pede solução.

64. Nenhuma discussão pende sobre os direitos fundamentais à vida digna, à liberdade de expressão, artística, científica e de comunicação. Tampouco padece de dúvida a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem de cada pessoa.

A biografia é a escrita (ou o escrito) sobre a vida de alguém, relatando-se o que se apura e se interpreta sobre a sua experiência mostrada e que, não sendo mostrada voluntariamente, não foi autorizado pelo sujeito ou por seus familiares a passarem para a coletividade.

As normas civis antes transcritas poderiam ser lidas como deixando esclarecidas – mas nem tanto – que, sem autorização prévia dos biografados, não se poderia divulgar escritos, transmitir a palavra, publicar, expor a imagem de alguém que requeresse fosse proibido, sem prejuízo de ainda ser indenizado se tal comportamento lhe atingisse a honra, a boa fama ou a respeitabilidade e se se destinasse a fins comerciais.

65. Biografia é história. A história de uma vida. Essa não acontece apenas a partir da soleira da porta de casa como anotado. Ingressa na intimidade sem que o biografado sequer precise se manifestar. A casa é plural. Embora seja espaço de sossego, a toca do ser humano, os que ali comparecem observam, contam histórias, pluralizam a experiência do que nela acontece.

O biógrafo busca saber quem é o biografo indo atrás de sua vida. Investiga, prescruta, indaga, questiona, observa, analisa para concluir o quadro da vida, o comportamento não mostrado que ostenta o lado que completa o ser autor da obra que influencia e marca os outros.

A vida do outro há de ser preservada. A curiosidade de todos há de ser satisfeita. O biógrafo cumpre o segundo papel.

Entretanto, a intimidade respeita ao que

> *"a pessoa nunca ou quase nunca partilha com os outros, ou que comunga apenas com pessoas muitíssimo próximas, como a sexualidade, a afectividade, a saúde, a nudez; na esfera da privacidade, que é já mais ampla, incluir-se-iam aspectos de vida pessoal, fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas das suas relações, mas não a desconhecidos ou ao público; a esfera pública abrangeria tudo o mais, aquilo que, na vida de relação e na inserção na sociedade, todos têm acesso"* (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 80).

Mas é esse espaço de quase segredo que parece mais interessar ao pesquisador, ao biógrafo, que atende necessidades da história e também à curiosidade das pessoas. Como observado acima, o buraco da fechadura não foi esquecido, embora as vezes se busque ver até mesmo quando portas foram escancaradas. A busca por mais e mais ver por dentro do outro, suas luzes e sombras não tem fim.

Sem ver a totalidade da vida da pessoa não há como se saber o que é a vida da figura que tenha marcado uma época, como sua obra foi elaborada, suas influências pretéritas e aquelas que tenha provocado. O dilema entre o que foi e o que poderia ter sido, a luta do querer e do que se fez para se atingir, o que foi dor transformada em força, o que foi vigor desperdiçado e tornado obra de desabafo, tudo compõe a pessoa.

O mundo não é um construído. É um permanente construir. E a construção, especialmente a partir de figuras de referência, faz a história. Sem o saber dessas figuras, como se avançar? Sem a autorização como prosseguir?

Como conhecer a história para reprisar fatos bons e maus e repetir exemplos, negando os negativos, se a obra não pode ser mostrada? Como imaginar que novos holocaustos ocorram sem saber o que os envolveram, quem esteve na frente dos movimentos e como a seus atos chegaram? Como ignorar que é na privacidade que as coxias do poder estatal e social se engendram? Como saber como movimentos artísticos, científicos e políticos nasceram, suas causas, motivações e características se reuniram?

A biografia mostra a mesa do biografado, que, à maneira descrita de Paulo Mendes Campos, é a sua infância transformada em sonho futuro:

> *"Um homem é, primeiro , o pranto , o sal ,*
> *O mal , o fel , o sol , o mar — o homem .*
> *Só depois surge a sua infância-texto,*
> *Explicação das aves que o comem.*
> *Só depois antes aparece ao homem .*
> *A morte é antes , feroz lembrança*
> *Do que aconteceu, e nada mais*
> *Aconteceu; o resto é esperança ."*

66. Afirmou-se, no curso desta ação, que a biografia não estaria cerceada, apenas dependeria de autorização, porque as versões apresentadas poderiam comprometer a intimidade e a privacidade do biografado.

O argumento não convence: primeiro, porque a expressão é livre. Qualquer censura prévia é vedada no sistema. A autorização prévia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras após a sua divulgação é censura judicial, que apenas substitui a administrativa.

Segundo, a biografia autorizada é uma possibilidade que não exaure a possibilidade de conhecimento das pessoas, comunidades, costumes, histórias. E entre a história de todos e a narrativa de um, opta-se pelo interesse de todos.

Terceiro, a biografia autorizada não está proibida. Está não apenas permitida como pode ser estimulada. Apenas é de se levar em conta que a memoria é traiçoeira. Um mesmo fato pode ser lembrado com os requisitos cerebrais que impõem a seleção e até mesmo a recriação de fatos e casos que não foram o que a interpretação da pessoa sugere. Não se há de frustrar a história pela lembrança elaborada de uma única pessoa. Assim, a humanidade não anda.

Quarto, a privacidade de quem sai à rua não pode ser considerada de igual quadrante da intimidade daquele que se mantém guardado em seu secreto quarto. Nem é que esse não seja objeto de olhares. É que o seu dormente não abre a janela para resguardo pessoal constitucionalmente protegido.

As mulheres foram guardadas e silenciadas durante séculos. O seu silêncio fez a história das sobras histórias que lhes foram reservadas. E foram contadas, até mesmo depois de sua passagem. Sem isso, não haveria como por elas e em seu nome lutar.

Os negros foram (em alguns lugares ainda são) segregados. Sem a narrativa como saber que o sofrimento precisava ser sanado e superado? E como poderiam eles autorizar a grafia de vidas constrangidas e silenciadas?

Nem se lembrem os ditadores e tiranos de sempre... sem a biografia, que eles jamais autorizariam, não haveria como saber história, pois a oficial estampa medalhas no peito e peitos bem passados em camisas de força nos adversários.

67. A biografia autorizada não está proibida. A não autorizada também não. Não se há de imaginar, porém, que a memória seja perfeita. A memória é enganosa. A autobiografia é imperfeita. Põe o olho no

coração e a voz no ouvido. E não se escuta o que de agrado não é.

A leitura do direito há de se fazer no sentido não pode ser de ordem a impedir o que a cidadania saiba de sua história pelo interesse particular de quem fez história.

Temem-se versões da história de alguém que não é a sua vida. Temem-se enganos e fraudes. O risco é compreensível. E concreto. Mas viver é arriscar. Há que se permitir o erro para se buscar o acerto. E garante-se a reparação sem se tolher o direito do outro.

Afirma-se que o passado não importa na vida da pessoa. Parece se não falso, pelo menos falho. O passado compõe o que a pessoa se torna. E a interpretação plural, advinda de variadas biografias, é que podem levar gerações futuras a chegar a conclusão sobre o que ocorreu, porque e como se repetir (se positivo) ou evitar (episódios negativos).

A pesquisa histórica depende das biografias. É da vida e com as vidas que se estruturam as sociedades. Sociedade é todo composto de vidas singulares, mas que se erguem como esteios estruturadores das instituições e construtores de catedrais e capelas de gentes, ideias e costumes.

Viver conjuga-se no plural. Por isso, pode ocorrer que a escrita sobre a vida de alguém, tomado como referência propícia ao esclarecimento histórico, seja de natureza cultural, intelectual, artístico ou científico adentre espaços que se pretendam íntimos. Daí a assertiva de que estas incursões seriam ilegítimas porque violadoras da intimidade e da privacidade do biografado.

A autorização prevista na legislação civilista talvez tenha sido pretensão de se constituir em proteção jurídica asseguradora da inviolabilidade constitucionalmente prevista e sem a qual o rol de direitos

fundamentais não tem plena eficácia relativamente ao Estado e aos particulares.

Mas não há como compatibilizar o que o direito garante como liberdades, assegura a sua plena expressão, proíbe expressa e taxativamente qualquer forma de censura, define como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da privacidade e, para descumprimento desta norma, prescreve a forma indenizatória de reparação e norma de hierarquia inferior sobrevém fixar regra para o exercício da liberdade, iniciando-se, em seu ditame, com a ressalva: "salvo se autorizadas...".

Quer-se dizer, a Constituição garante a liberdade e a lei civil afirma que o exercício não pode ser garantido salvo se autorizado pelo interessado!

68. Como a vida muda, a pessoa biografada ou seus familiares podem ver sombras nas paisagens retratadas do seu passado. Nem sempre tanto se quer.

Daí o alerta de Agualusa em seu *O Vendedor de Passados*: "*nada passa, nada expira, o passado é um rio adormecido, parece morto, mal respira, acorda-o e saltará num alarido*".

Vida não é momento. É feita de momentos. Juntos formam o quadro da experiência relatada na biografia. Por isso nos julgamentos sobre a matéria não se esquece que aquilo que foi vivenciado não pode ser extraído como não vida. A vida segue, mas não esquece.

Celebrado como um dos mais decisivos processos julgados pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1958, o caso Lüth, como é conhecido, alterou a jurisprudência sobre direitos fundamentais e representou ponto de inversão na análise e no julgamento de lides nos

quais comparecia o conflito aparente de direitos humanos com solução pela aplicação do critério de ponderação e balanceamento dos direitos em litígio.

O caso BVerfGE 7, 198, foi julgado pela Corte Constitucional Federal Alemã (*Bundesverfassungsgericht)* em 1958. O processo aborda o direito à liberdade de expressão do peticionário em emitir sua opinião contrária à distribuição de filme dirigido por Veit Harlan.

Cineasta famoso durante o regime nazista, responsável por filme de propaganda anti-semita, feito sob encomendado de Joseph Goebbels, persistiu em sua profissão após a queda do Reich.

Na Semana de Filme Alemão de 1950, Erich Lüth, presidente de clube de imprensa de Hamburgo, dirigiu-se, em palestra, a empresários e a produtores cinematográficos, convocando-os a boicotar o realizador do filme *Unsterbliche Geliebte* de Veit Harlam. Duas companhias de cinema moveram processo contra Lüth, com base na lei alemã de difamação. O tribunal *Landgericht Hamburg* ordenou que Lüth suspendesse a campanha de incentivo à não distribuição do filme e a que o público não o fosse assistir, sob pena de pagamento de fiança ou de ser preso.

Lüth, que além de Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo era membro do Senado de Hamburgo, recorreu a Corte Constitucional Federal Alemã. A Corte decidiu a favor de Lüth, determinando ter sido o seu direito violado. A decisão do tribunal expressa a vinculação que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento legal, incluindo aqui o Direito Civil (DO VALE, 2008). Para Jacco Bomhoff (2008), a relevância do caso Lüth se justifica elas contribuições que trouxe ao cuidado dos temas relativos aos direitos fundamentais. Marca o movimento em direção à aceitação da teoria da eficácia horizontal das normas constitucionais e a adoção da linguagem de balanceamento judicial para justificar decisões que envolvem direitos fundamentais.

Nesse sentido, destaca-se trecho do julgamento que apresenta argumento do tribunal para a decisão a favor de Erich Lüth:

> *"O que foi dito anteriormente sobre a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Civil se aplica aqui também: "leis gerais" que tem efeito de limitação sobre um direito fundamental devem ser lidas à luz de seu significado e sempre ser construídas de forma a preservar o valor especial desse direito, com, em uma democracia livre, a presunção em favor da liberdade de expressão em todas as áreas, e especialmente na vida pública. Não podemos ver a relação entre direito fundamental e "leis gerais" no sentido de que as "leis gerais" por seus termos estabelecem limites ao direito fundamental, mas preferencialmente que a relação deve ser construída à luz do significado especial desse direito fundamental em um Estado democrático livre, de maneira que o efeito limitante das "leis gerais" sobre o direito fundamental seja, ele mesmo, limitado (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 7, 198, 1958*, tradução nossa).

A guinada hermenêutica do caso Lüth, dada pelo Tribunal Constitucional alemão, e que passou a constituir as fincas da interpretação dos direitos fundamentais pelos tribunais em todo o mundo podem ser explicitadas, mais de cinquenta anos depois, por muitos de seus efeitos:

*a)*afirmaram-se os direitos fundamentais como primeira linha de direitos de defesa do cidadão contra o Estado;

b) fixou-*se* a irradiação da eficácia jurídica dos direitos fundamentais no direito infraconstitucional, definindo-se a sua eficácia também para os particulares;

c) ampliou-se o direito fundamental à liberdade de opinião, estabelecendo-se que o direito fundamental à liberdade de expressão garante mais que a livre manifestação de opinião, também o agir para

influenciar outras pessoas, convencendo-as do que está convicto o autor;

d) afirmou-se a primazia do direito à liberdade pela ideia de uma ordem objetiva de valores inseridos em princípios constitucionais fixados no sistema normativo, como se tem nos arts. 1 a 19 da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), influindo em todas as esferas do direito;

e) adota-se o critério de ponderação de bens e valores (Güterabwägung) como método de resolução dos casos difíceis, nos quais normas constitucionais tencionam e apresentam conflito aparente, que precisa ser solucionado.

Na espécie, a colisão pôs-se entre o direito fundamental da livre manifestação de opinião e outros interesses de idêntica natureza hierárquica, gozando de igual proteção constitucional (schutzwürdige) constitucional.

69. Nem se afirme alterar algo, na interpretação do direito, a circunstância de a proteção da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem ser agravada pela circunstância de se buscarem fins comerciais com a comercialização da obra biográfica.

Escreve-se para ser lido. E livro é produto de comércio. Logo, o que se está a obtemperar desimporta para o deslinde da questão relativa à interpretação da matéria.

O mesmo dá-se com a obra audiovisual. Produção cinematográfica é comercializável. E comércio faz-se com paga pela prestação do serviço.

Corre-se risco, é certo, de haver abusos, de se produzirem escritos ou obras audiovisuais para divulgação com o intuito exclusivo de se obterem ganhos espúrios pela amostragem da vida de pessoas com detalhes que não guardam qualquer traço de interesse público.

Risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas. Reparam-se danos nos termos da lei.

O mais doce mel não seria comercializado nem produziria lucro se não tivesse alguém afoito a adquiri-lo. Não se há de condenar cada comprador de mel ou livro ao argumento de se combater a diabetes ou o saber indevido sobre espaços recônditos das pessoas neste último caso.

Poder-se-ia também imaginar os riscos das mentiras contadas. Vendedores de passados criados sob o manto que o nome de alguém expusesse. Não são apenas passados que se inventam. Até o presente se vende. Pior: compra-se a boa fé ou a crendice ingênua e desesperada vendendo-se até o futuro. Estão cheios de anúncios os videntes e audientes que prosperam vendendo terrenos em céus que não se conhecem. Contam-se histórias de todos nós, a cada dia, que nem sempre aconteceram. Digo do que sobre mim mesma leio que não as tomo como mentiras, mas como verdades não acontecidas. Alguns são jornalistas. Outros, romancistas desnaturados. Não é com mordaça ou censura que se resolve a inverdade. É com mais verdade sobre o inocorrido e narrado por má fé ou por ignorância.

Pode-se afirmar que o mal tem mais força de ser acreditado. Se o homem prefere acreditar no pior, não há remédio para crenças que tais. Faço direito, não faço milagre.

Biografia: a intimidade e a privacidade do biografado

70. Anota René Ariel Dotti que

> *"algumas pessoas, pelo seu comportamento, em razão da profissão e outras atividades ou, ainda, por características*

> *especialíssimas, se distinguem das demais e projetam extraordinariamente a sua personalidade. Em consequência, os aspectos mais destacados são ansiosamente perseguidos pela curiosidade pública, numa espécie de duelo entre a intimidade e a publicidade para o qual a imprensa, a televisão e outros médios de informação, atuam como agentes provocadores. ... Corretamente Urabayen concluiu que ´a delimitação entre as esferas de atividade pública e de reserva privada varia consideravelmente segundo as épocas, as sociedades, o desenvolvimento das comunicações e a situação pessoal de cada homem. A doutrina, apesar de seus muitos e meritórios esforços, não chegou a proporcionar um conceito claro e completo para servir em cada caso. A definição mais antiga, formulada pelo juiz norte-americano Cooley – e mais tarde recolhida por Warren e Brandeis – continua sendo nos nossos dias tao válida como há um século: o direito à intimidade é o direito de ser deixado em paz. Não existem, pois, regras aplicáveis a qualquer ataque: cada caso deve ser estudado à luz dos princípios jurídicos que regulam a sociedade onde os fatos ocorrem"* (DOTTI, René Ariel – *Proteção da vida privada e liberdade de informação.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 208).

Por força dos princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais devem ser as normas infraconstitucionais interpretadas de acordo com os princípios constitucionais, dotando-os de plena efetividade, sem perda de seus conteúdo ou de sua eficácia, para se assegurar o bem viver de cada um e de todos. Mas os fins a que se destinam as normas constitucionais não se alteram senão para serem mais firmes em sua objetividade.

Não ignoro a bisbilhotice e o incômodo do olhar obsessivo do outro sobre a vida de uma pessoa. A vida de todos compõe a sociedade. A vida do outro, singular, deve ser o quanto mais deixada em paz. Mas quem sai à rua deixa-se ver. Num mundo em que a praça virtual é mais intensa e mostra o que se passa na cama e até debaixo dela, não se há de pretender que o que prega no largo da cidade se queira depois esconder daquele

que o tenha encontrado.

71. Não se extingue assim o direito à inviolabilidade d intimidade ou da vida privada. Respeita-se, no direito, o que prevalece no caso posto em juízo, sem juízo prévio de censura nem possibilidade de se afirmar – de menos no direito brasileiro – a censura prévia ou *a posteriori*, de natureza legislativa, política, administrativa ou judicial, deixando-se em relevo e resguardo o que a Constituição fixou como inerente à dignidade humana e a ser solucionado em casos nos quais se patenteie desobediência aos princípios fundamentais do sistema.

Não é diferente o que se passa em outros povos. Exemplo do que se afirma está no caso *Éditions Plon vs. France* (2004) relativo à publicação de biografia do Presidente François Mitterrand, de autoria de um jornalista e do médico particular do presidente.

No dia mesmo da publicação do livro Le Grand Secret, a viúva e os filhos de Mitterand peticionaram alegando quebra de confidencialidade médica e invasão da privacidade do presidente. A distribuição do livro foi proibida pelo tribunal de Paris, baseado no abuso da liberdade de expressão. Essa decisão foi mantida pela Corte de Apelação francesa e pelas outras instâncias buscadas. O médico também foi sentenciado pela Corte Criminal francesa a quatro meses de prisão pela quebra de sigilo do tratamento médico.

Com base no art. 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que a interferência da autoridade francesa sobre o direito à liberdade de expressão era justificada, estava prevista na lei francesa , tendo sido legítimo o seu propósito de proteção dos direitos de outras pessoas.

Ao avaliar a necessidade da interferência em uma sociedade democrática sobre o direito à liberdade de expressão, a Corte afirmou

ausência de violação do direito à liberdade de expressão definida na decisão de primeira instância francesa de proibir a distribuição do livro. A medida de proibição teria sido necessária para a proteção dos direitos de François Mitterrand, de sua viúva e de seus filhos, porque o presidente tinha morrido poucos dias antes da publicação ser liberada.

Entretanto, ao avaliar decisões posteriores no ordenamento jurídico francês de manter a proibição de distribuir o livro, a Corte Europeia concluiu haver violação do art. 10 da Convenção, pela ausência de confidencialidade sobre os fatos - o livro circulava na internet e os relatos da obra tinham sido amplamente divulgados, pelo que o interesse público haveria de prevalecer sobre o sigilo médico.

A decisão proferida no caso Éditions Plon vs. França apresenta as limitações que a Convenção Europeia permite sobre o direito à liberdade de expressão. O parágrafo 2 do art. 10, ao qual se remeteu a Corte Europeia no julgamento, determina que essas restrições devem estar previstas em lei e devem ser providências necessárias em uma sociedade democrática para proteção de objetivo legítimo. Sem liberdade de expressão não há sociedade democrática.

Interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil do Brasil: da colisão aparente à harmonia dos princípios constitucionais e à submissão da interpretação para efetividade máxima das normas fundamentais

72. Os arts. 20 e 21 do Código Civil do Brasil contemplam, em sua leitura direta, a exigência de autorização prévia para divulgação de escritos, transmissão da palavra, ou publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa sem o que poderão ser proibidas, a do interessado requerimento ou, em se tratando de morto ou de ausente, do cônjuge, ascendentes ou descendentes, sem prejuízo da indenização cabível, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Essa interpretação, pretensamente

protetiva do direito à intangibilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, não pode ser adotada relativamente à produção de obra biográfica, pela circunstância de não se conter exceção expressa a esse gênero no dispositivo legal.

E assim não pode porque a liberdade de pensamento, de expressão, de produção artística, cultural, científica estaria comprometida e a censura particular seria a forma de se impor o silêncio à história da comunidade e, em algumas ocasiões, a história dos fatos que ultrapassam fronteiras e gerações.

Nem se afirme se cuidarem tais temas apenas do espaço da política, na qual não se poderia tolerar censura. Arte é política, ciência pode ser política, a cidadania faz-se na polis.

73. Mas a aplicação daqueles dispositivos tem conduzido ao recolhimento das obras biográficas publicadas, ao impedimento de sua edição mesma ou a proibição de sua exposição e venda ou a sua exibição, quando se cuide de obras audiovisuais. São múltiplos os exemplos havidos na jurisprudência brasileira:

73.1. Em novembro de 2011, uma descendente de Lampião requereu ao Poder Judiciário a proibição "*de forma definitiva, de publicar, veicular, expor publicamente, vender, doar onerosa ou gratuitamente, o livro intitulado*" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe -TJSE. Recurso de Apelação cível processo nº 201200213096. Apelante: Pedro de Moraes Silva. Apelado: Expedita Ferreira Nunes. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. Acórdão, 30/09/2014). A Autora da ação apontava falta de autorização prévia para a publicação, que teria atentado contra a intimidade e privacidade de Virgulino Ferreira (Lampião) e Maria Dea dos Santos (Maria Bonita) e configurado "aviltamento da honra". A peticionária também apontou a existência de elementos preconceituosos à orientação sexual e intolerância religiosa. A obra Lampião, o Mata Sete

afirma que o famoso cangaceiro seria homossexual.

Em 2014, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Sergipe (Recurso de Apelação Cível, TJSE) por unanimidade reformou sentença anterior que determinava a proibição do lançamento da obra (Jornal Estado de São Paulo. Biografia de Lampião tem lançamento autorizado pela Justiça. 1.10.2014). Em decisão, o relator desembargador Cezário Siqueira Neto embasa seu voto em posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que "a superação de antagonismos existentes entre direitos fundamentais resolve-se, em cada situação ocorrente, pelo método da ponderação concreta de interesses", sendo papel do Poder Judiciário definir "a liberdade que deve prevalecer no caso concreto" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe -TJSE. Recurso de Apelação cível processo nº 201200213096. Acórdão, 30/09/2014). O relator se apoia em argumentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e do Ministro Celso de Melo - o último em decisão no agravo de instrumento nº 595395/SP - sobre o método de ponderação em caso de colisão de direitos fundamentais.

> "*Não é demais repetir que, se a recorrida, autora da ação, sentiu-se 'ofendida' com o conteúdo do livro pode-se valer dos meios legais cabíveis. Porém, querer impedir o direito de livre expressão do autor da obra, no caso concreto, caracterizaria patente medida de censura, vedada por nosso Constituinte*" (Tribunal de Justiça de Sergipe, 2014).

73.2. No contexto do artigo 20 do Código Civil, um caso emblemático é o documentário produzido por Glauber Rocha, intitulado Di-Glauber que retrata o funeral do pintor Di Cavalcanti filmado em outubro de 1976. Em 1977, o filme ganhou o Prêmio do Especial do Júri do Festival de Cannes. Dois anos depois, 1979, a filha do pintor solicitou ao Poder Judiciário a proibição da exibição do filme, tendo obtido decisão favorável em mandado de segurança proferida pela 7ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

73.3. Em 2001, a biografia de Noel Rosa foi proibida. Lançada em 1990 pela editora UnB de autoria de João Máximo e Carlos Didier, o livro ficou disponível para compra até 1994. Após esse ano, houve várias tentativas frustradas de republicar a obra.

Em 2001, as sobrinhas de Noel Rosa reivindicaram a herança do músico, após a morte da esposa do sambista que detinha tutela sobre os bens. As sobrinhas decidiram processar os autores do livro e a UnB por invasão de privacidade da família (UnB AGÊNCIA. Uma história pouco compartilhada. 16 de fevereiro de 2010) e impediram reedições do livro.

Interpretadas as normas no sentido extintivo do direito à liberdade de pensamento, de expressão, de criação artística, literária, científica e cultural há ofensa constitucional em ponto sensível e enucleador da própria experiência democrática, pelo que se há de buscar outra trilha hermenêutica que assegure, se possível, a manutenção da lei sem embaraços ao direito constitucionalmente assegurado.

74. A Constituição brasileira assegura as liberdades de maneira ampla. Não pode, pois, ser anulada por outra norma constitucional, por emenda tendente a abolir direitos fundamentais (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

Pela biografia não se escreve apenas a vida de uma pessoa, mas o relato de um povo, os caminhos de uma sociedade. Se o pensar, investigar, produzir e divulgar a história de um ou de várias pessoas é livre, como se poderia fazer conformar-se à Constituição o que lhe atinge a essência, qual seja, o direito de liberdade de pensar e divulgar o pensado, máxime em se cuidando de produção intelectual decorrente de

investigação sobre vida que se impõe como referência a uma sociedade?

75. Para se ler constitucionalmente o que nos arts. 20 e 21 do Código Civil se contém há de se considerar que:

a) as normas constitucionais de direitos fundamentais garantem a vida digna, para o que se assegura, expressamente, a liberdade de pensamento e de sua expressão, liberdade de informação e de criação intelectual, artística e científica.

b) consequência lógica daquelas liberdades, está vedada qualquer forma de censura, estatal ou particular;

c) consectário lógico da dignidade da vida, a Constituição também garante, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, impondo-se, na norma, a forma pela qual se repara o descumprimento desse direito, a saber, mediante indenização.

As normas constitucionais de direitos fundamentais são de cumprimento incontornável, impondo-se aos cidadãos e, mais ainda, ao Estado. Pelo que não pode o legislador restringir ou abolir o que estatuído como garantia maior. Mas as normas civis consideradas pretensamente estariam a servir ao comando da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem constitucionalmente asseguradas, submetendo a produção biográfica ao consentimento ou à autorização prévia do interessado.

Não se há deixar de indagar se, pela regra de imposição de autorização prévia da pessoa, tal como às vezes vem se decidindo na jurisprudência, poderia a pessoa narrar a sua história (autobiografia), reportando-se a fatos experimentados em conjunto com outros dos quais não tenha pedido autorização prévia. A norma civil não valeria para o

biografado?

Ademais, a história não seria melhor contada pelo autor dos fatos porque seria por ele vivenciado. Memória é traiçoeira. E de perto demais a visão cega.

76. A coexistência das normas constitucionais dos incs.VI e IX do art. 5º requer, para a superação do aparente conflito do que nelas se contém, se ponderar se pode a pessoa assegurar-se inviolável em sua intimidade, privacidade, honra e em sua imagem se não é livre para pensar e configurar a sua intimidade, estabelecer o seu espaço de privacidade, formar o conceito moral e social que lhe confere a honradez e cunhar imagem que lhe garanta o atributo reconhecido que busca.

Para perfeito deslinde do caso em exame, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

Segundo Robert Alexy,

> *"Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran eu colisión —tal como es el caso cuando según un princípio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que eu el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principias precede ai otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decír cuando se afirma que en los casos concretos los princípios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de regras se Ilevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene*

> *lugar mas allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. Ejemplos de la solución de colisiones de princípios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal. Aqui, a guisa de ejemplo, puede recurrirse a dos decisiones, a la del fallo sobre incapacidacl procesal y la del fallo Lebach. El análisis de la primera decisión conduce a intelecciones acerca de Ia estructura de las soluciones de colisiones que pueden ser resumidas en una ley de colisión; la segunda profundiza estas intelecciones y conduce a la concepción del resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscripta*" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 89-90).

A adoção do critério da ponderação para interpretação de normas e solução de casos nos quais são elas aplicadas não é inédita neste Supremo Tribunal Federal:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 ("Lei Geral da Copa"). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente"* (ADI 5.136-MC/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 30.10.2014).

> *"Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão.*

> *Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus"*(HC n. 83.996/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 26.8.2005).

Valendo-se daquele critério é que, em exame específico sobre os arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro e considerando as normas constitucionais garantidoras das liberdades, Gomes Canotilho conclui:

> *"Não temos dúvida que o balanceamento 'definitório categorial' ou 'universalizante' detectado no enunciado linguístico do art. 20 do Código Civil conduz a uma operação deôntica de proibição claramente inconstitucional. "*

77. Parece de tal clareza a inconsistência constitucional das regras dos arts. 20 e 21 do Código Civil que a polêmica instalada conduziu à ação legislativa na busca de alternativas normativas compatíveis com a Constituição.

Projeto de lei da Câmara nº 42 de 2014 (PL 393/2011, na origem) propõe a modificação do artigo 20 do Código Civil para "*garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade*" (BRASIL. Congresso Nacional. *Redação final projeto de lei nº 393/2011, de 6 de maio de 2014.* Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Aprovada pela Câmara dos Deputados).

Pelo projeto, o parágrafo único do art. 20 do Código Civil em vigor transforma-se em § 1º, sendo acrescentados dois novos parágrafos, nos quais se disporia que a ausência de autorização não impede a divulgação

de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade. (Congresso Nacional Redação final *projeto de lei nº 393/2011*, 2014).

O § 3º estabelece regras para o caso de sobrevir dano decorrente da obra: *"Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio"* (Congresso Nacional Redação final projeto de lei nº 393-C de 2011).

A justificativa do projeto de lei está em que a alteração nos dispositivos impediriam "cerceamentos" do direito à informação dos cidadãos, extinguindo-se a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias (Congresso Nacional *Redação final projeto de lei nº 393-C de 2011*, 2011).

Conclusão

78. Pelo exposto, **julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto**, para,

a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas);

b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do

art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.